<36607048890015

<36607048890015

Bayer. Staatsbibliothek

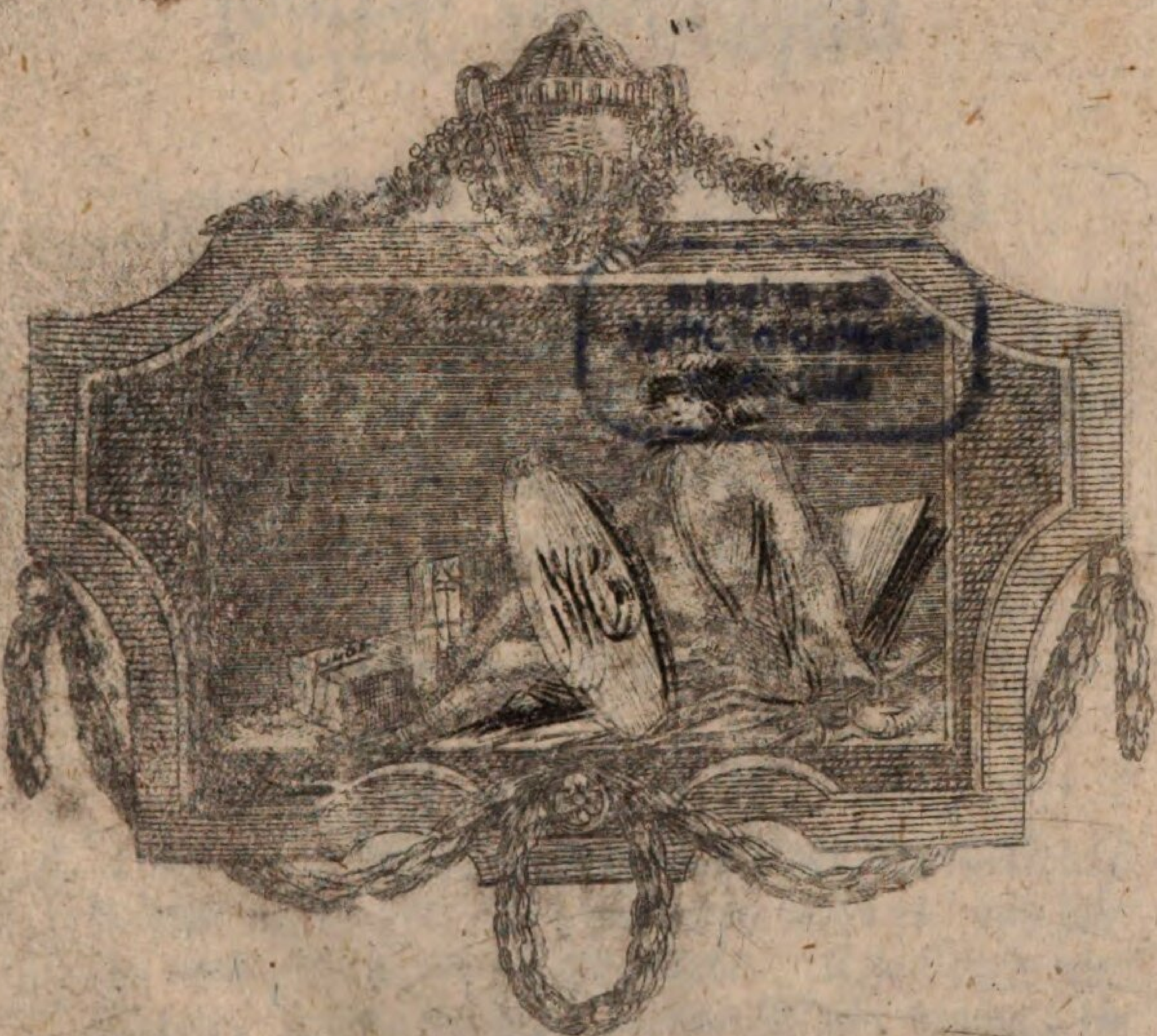
5060 Bibl.Mont 5060-2

Sammlung
merkwürdiger am kaiserlichen Reichs-
Kammergerichte entschiedener

Rechtsfälle

mit

ausführlicher Erörterung wichtiger
Rechtsfragen.



Zweyter Theil.

Lemgo
in der Meyerschen Buchhandlung 1789.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Erster Rechtsfall

hauptsächlich über die Frage:

Ob im Falle strittiger Gerechtigkeiten und Dienstbarkeiten zur Berufung an das Kaiserl. Reichskammergericht die Appellationssumme nöthig sey?

I n h a l t.

§. 1 — 9. Ueber die Einführung einer Appellationssumme überhaupt. Zu wünschen wäre es, daß solche noch weit höher gesetzt würde. Die Nothwendigkeit, welche die gesetzgebende Macht bewog, einen gewissen zur Berufung nöthigen Werth des Gegenstandes aufzustellen, ist augenfällig.

§. 10 und 11. In der K. G. O. von 1521. geschieht am ersten von einer Summa Ordinationis Meldung. Auslegung dieses Gesetzes. Der Sinn ist

sicher der: daß 1) die Zinsen ad computandam summam adpellabilem nicht mitzurechnen, und daß 2) was die Gerechtigkeiten und Dienstbarkeiten betrift, solche nur alsdann indistinctim adpellabel seyn sollen, wenn sie nicht geschätzt werden können.

§. 12 und 13. Verordnung der K. G. O von 1555. Es ist in dieser der Sinn des Gesetzes von 1521. etwas verdunkelt.

§. 14. und 15. Verordnung des R. A. von 1570, der jene Stelle der K. G. O. wieder aufklärt.

§. 16. Das Kammergericht handelt dem Sinne dieser Gesetze nicht nach. Dies ergiebt sich aus dem Deput. Absch. von 1600.

§. 17 und 18. Verordnungen des C. der K. G. O. und des J. R. A. in Ansehung der Adpellationssumme.

§. 19. Bey diesen klaren Gesetzen mag es wenig alteriren, was allenfalls einige parteyische Procuratoren, oder Assessoren, die sich von dem Geiste der Jurisdictionserweiterung zu weit führen ließen, gegen den wahren Sinn jener Gesetze geschrieben und gehandlt haben.

§. 20. Wenn die Gerechtigkeit oder Dienstbarkeit geschätzt werden kann, so muß nothwendiger Weise auf die Adpellationssumme Rücksicht genommen werden.

§. 21 — 25. Was unschätzbare Gerechtigkeiten seyen? In solchem Falle aber muß alsdann auf den Werth des Praedii, dem sie ankleben, gesehen werden. Ist das Praedium selbst unter der Adpellationssumme, so kann die Sache nicht adpellabel seyn. Die alten Kameralen fanden sich zu diesem Grundsatze nicht geneigt; doch waren ihre Meinungen hierüber getheilt. In den neuesten Zeiten aber scheint hierinn kein besonderer Dissensus mehr zu seyn.

§. 1.

Die Hauptursache, warum die Gesetze durch Bestimmung einer gewissen Summe der Berufung Grenzen gesetzt haben, liegt unstreitig darinn, weil sich sonst die Gerichte mit allzu vielen nichts bedeutenden Sachen überladen finden würden. Ein fernerer Hauptzweck ist auf die Parteyen selbst gerichtet, solchen nemlich die schweren Proceßkosten, die den Gegenstand des Streites oft vielfach übersteigen mögten, zu ersparen, wozu sie sonst Eigensinn, Rechthaberey und die verderbliche Proceßsucht leicht verleiten würde.

§. 2.

Judicis Officium est, amputare et abbreviare lites, et publice interest, ne litibus repleatur res publica *). Bey den Reichsgerichten müssen diese Sätze um so mehr einschlagen, da solche ohnehin an sich schon der Beendigung aller der in Menge an sie gelangenden Sachen nicht gewachsen sind, und es also noch um so weniger seyn würden, wenn keine summa adpellabilis aufgestellt wäre, und solchergestalt alle und jede Sachen per

 adpel-

---

*) Mevius P. 4. dec. 64. n. 7. l. 21. ff. de Reb. cred.

adpellationem dahin gebracht werden könnten. Es würden die unwichtigen Sachen nothwendig liegen bleiben, und wichtigern den Vorzug in der Entscheidung lassen müssen. Erstere würden daher gegen den Sinn legis 13. pr. Cod. de Jud. *quod resperandum sit, ne lites pene fiant immortales, et vitae hominum modum excedant*, wirklich unsterblich seyn.

§. 3.

In der Novell. 69. Cap. I. wird über die Gewohnheit, daß die Partenen, mit den geringfügigsten Sachen aus den Provinzen in die Residenzstadt Constantinopel zu laufen, nicht unterließen, Klage geführt. Die Stelle ist merkwürdig:

„Quid enim durius (heißt es), quam laesum circa sublationem bovis aut equi, aut jumentorum alicujus, aut pecudum, aut, ut exiguum dicamus, domesticae gallinae, hunc cogi non in qua auffertur provincia litigare, sed alibi currere, et ibi probationes horum, quae pertulit, exigi; et aut plures expensas pati, quam rei aestimatio est, aut inopiam ingemiscentem ferre? Hinc nobis multitudo plurima est interpellantium quotidie; et crebro in talibus causis inquietamur parvarum gratia occasionum; et ipsi mul-

multas sustinentes importunitates et videntes plurimam quidem multitudinem virorum, plurimamque mulierum ex propriis locis agitatas, et ad hanc venientes felicissimam civitatem, quorum plurimi etiam mendicantes et afflicti hic agunt, interdum hic moriuntur."

Wenn diese Stelle nicht als eine Weißagung auf das Kammergericht anzusehen ist, so paßt sie doch darauf so sehr, als ob Justinianus solches bey deren Abfassung vor Augen gehabt hätte.

§. 4.

Hier ist die nemliche Menge theils nichtswürdiger, theils unbeträchtlicher Sachen, die Menge der sich an dem Orte des Gerichts aufhaltenden armen Parteyen, der nemliche Ungestüm, womit der Richter wegen der geringfügigsten Gegenstände geplagt wird; kurz die Beschreibung ist durchaus ähnlich, und muß ganz ähnlich seyn, indem die nemlichen Ursachen zu allen Zeiten gleiche Wirkungen hervorbringen. Die Proceßsucht in Constantinopel machte es ebenfalls nöthig, geringfügige Sachen von der Cognition jenes höchsten Gerichtshofs zu entfernen, womit noch die Nov. 17. cap. 3. übereinkömmt, und dergleichen Sachen überhaupt ein summarisches mündliches Verfahren bestimmt.

§. 5.

Wahr ist es zwar, was des Burgermeisters in Zütphen Joh. Culemanns Frau, auf die Einrede: „Ihr Leute eures gleichen habt nicht viel dabey zu verlieren ꝛc.," geantwortet hat *): „Daß es einer Mauß eben so wehe thue, wenn man ihr die Haut abziehe, als einem Dänischen Ochsen."

Die billige und Menschenliebevolle Betrachtung, daß einem Armen durch den Verlust einer geringfügigen Sache eben so leid geschehe, als einem Reichen, der viele tausende entbehren müsse, muß aber ihre Grenzen haben.

§. 6.

Es ist desfalls den Armen eine geringere Appellationssumme, und zwar, quoad summam ordinationis, denen, die unter 2000 Rthl. im Vermögen haben, nur die Halbschied bestimmt, und außerdem sind ja allenthalben in den territoriis Dicasteria, die ihre Sachen durch mehrere Instanzen vornehmen, dergestalt daß es noch problematisch bleibt, ob solche durch die Vervielfältigung der Rechtsmittel bis an die höchsten Reichsgerichte, an diesen besser ent-

---

*) in Theatro Europeo tom. 2. ad annum 1672. p. 153.

entschieden werden, als solches vorhin geschehen ist.

Es trift vielmehr dasjenige, was *Leyser* spec. 684. med. 15 sagt, in unzähligen Sachen ein: „Et profecto ego hanc iniquitatem agnoscerem et causas exiguas ordinarie tractari juberem; siquidem processus ordinarius melior et justitia in eo certior esset; sed plus centies observavi, litem in principio luculentam, diuturnitate temporis, multitudine scriptorum ab utraque parte exhibitorum, verbositate advocatorum et amplitudine actorum, tam confusam, intricatam et *obscuram redditam fuisse*, ut res judicatae posteriores cum prioribus pugnarent &c.“

Dies ist der Fall einer großen Menge der am Kammergerichte rechtshängigen Sachen.

§. 7.

Processe über geringfügige Gegenstände sollten daher lieber nicht anders, als sogleich summarisch abgethan werden, und überhaupt wäre zu wünschen, daß die summa adpellabilis, statt die sie bestimmenden Gesetze durch distinctiones entkräften wollen, noch weit höher gesetzt würde.

§. 8.

Da noch wegen der Summe keine Einschränkung war, da also alle an sich adpellabele Sachen am Kammergericht eingeführt werden konnten, setzte die K. G. O. von 1500. §. 10. auf diejenigen muthwilligen Adpellanten, die bey dem Endurtheile, das den Ungrund ihrer Berufung aufdeckt, den Adpellaten die Kosten zu bezahlen nicht im Stand seyn würden, eine Leibesstrafe, womit aber letztern wenig geholfen ist, wenn sie nichts desto weniger wegen eines geringfügigen objecti von ihrem am Ende insolventen Gegner viele Jahre herumgezogen und mit schweren Proceßkosten heimgesucht werden können.

§. 9.

Aus allem bisher angeführten, ergibt sich nun die Nothwendigkeit, welche die gesetzgebende Macht bewog, einen gewissen Werth des Gegenstandes des Streites, unter welchem keine Berufung mehr statt haben dürfe, zu bestimmen, und hiedurch eine Menge der Beschäftigung der obersten Gerichtsstellen unwürdigen Sachen von solchen abzusondern.

§. 10.

Am allerersten geschieht in der K. G. O. de 1521 von einer summa ordinationis Meldung. Es heißt daselbst Art. 24.

„Daß

„Daß die Appellationssachen, so unter 50. Gulden Hauptgut wären, an unserm Kaiserlichen Kammergericht nicht angenommen, auch von dem Richter voriger Instanz nicht zugelassen, sondern die Urteln nach Ansuchen der Partheyen exequirt und vollzogen werden. Doch sollen hierin die Sachen injuriarum, so anders nicht durch den Injurianten unter 50 Gulden geschätzt werden, auch Oberkeit, Gerechtigkeit, persönliche und Felddienstbarkeit, ewige und unablässliche Gült, Zinß und Nutzung, auch andere dergleichen, so nicht gewisse Achtung hätten, ausgenommen seyn. Und wo ein Zweifel zwischen den Partheyen einfiel, daß die Sachen, derhalben die Rechtfertigung gewesen, funfzig oder unter funfzig Gulden werth seyen, sodann der Richter erster Instanz deßhalb kein gründliches Wissen hätte, oder daran zweifelt, soll er den Appellanten auflegen, bey dem Eyd, so er darum thun soll, zu erhärten, daß er viel lieber 50 fl. von dem seinen verlieren, oder soviel nicht gewinnen, dann daß er sich der Haupt- und Appellationssache begeben wollte. So solcher Eyd von den Appellanten geschiebt, alsdann und nicht ehe soll der Richter erster Instanz der Appellation statt geben."

§. 11.

§. 11.

Wenn man nun den ganz klaren, und so viel nur immerhin möglich, deutlichen Wortverstand dieses ersten die Adpellationssumme einführenden Gesetzes erwäget: so bleibt es keinem augenblicklichen Zweifel unterworfen, daß man nemlich

1) schon damal durch das Wort: Hauptgut, die summam ordinationis nach dem Hauptstuhl oder Capital ästimiret habe, und daß solchergestalt schon zu jener Zeit, die usuras ad computandam summam adpellabilem zum Hauptstuhl zu rechnen, gegen den Sinn und klaren Wortverstand des Gesetzes gewesen seyn würde.

Es ergiebt sich daraus

2) daß jura, servitutes, Zins und Nutzungen, wovon hier eigentlich die Rede ist, nur in sofern indistincte adpellabel seyn sollten, „wenn sie keine gewisse Achtung haben könnten." Die Worte und der Sinn des Gesetzes leiden keine andere Auslegung.

Es ist dies von daher schon ganz außer allem Zweifel, indem das Gesetz in Injurienfällen, welche mit den andern keine gewisse Achtung habenden Sachen specificiret sind, alsdann eine Ausnahme macht, wenn sie der Injuriat selbst nur unter 50 fl. taxirt, welches Beweis genug ist, daß auf den Fall, wenn alle

alle diese mit den Injurien zugleich specificirte Sachen eine Aestimation zulassen, es in Ansezung ihrer bey der summa ordinationis bleiben solle. Es ist

3) in dem vorliegenden Gesetze verordnet, daß, wenn ein Zweifel darüber, ob das strittige per adpellationem einzuführende objectum litis 50 oder unter 50 fl. werth sey? entstehe, und „der Richter erster Instanz darüber keine gründliche Wissenschaft hätte, oder zweifelte," der Adpellant den Eyd ablegen solle, daß er lieber so viel als 50 fl. verlieren als sich der Sache begeben wollte. Alsdann also erst, wenn der Werth des Objecti litis nicht anders außer Zweifel gesetzt werden kann, soll der Eyd eintreten.

Wozu wäre aber hier über eine Sache, „die sich nicht anders schätzen läßt," der Eyd vorgeschrieben, wenn die Adpellationen über Gerechtigkeiten, „die sich schätzen lassen," ohne alle Rücksicht auf die Summe zulässig seyn sollten? Gewiß, es führt auf absurda, wenn man letzteres in dem vorliegenden Gesetze finden wollte.

§. 12.

In der K. G. O. von 1555. P. 2. tit. 28. §. 4. wird die vorhin eben ausgezogene Verordnung beynahe wörtlich wiederholt. Vsque ad verbum „vollzogen werden" sind es gerade die

die nemlichen Worte; die hiernächst aber folgende Stelle ist in etwas geändert;

Es heißt hier: „Doch sollen die Sachen injuriarum, in denen auf Wiederruf geklagt, auch andere, so auf Geld, aber nicht unter 50 fl. durch den Kläger in seiner Klage ästimirt werden, auch Oberkeit, Gerechtigkeit, persönliche und Felddienstbarkeit, ewige unablößliche Gülte, Zins und Nutzung, auch andere dergleichen, so nicht gewisse Achtung hätten, obgleich sie unter der bestimmten Summe der 50 fl. wären, ausgenommen seyn. Und wo ein Zweifel zwischen den Partheyen einfiel, daß die Sache, derenthalben die Rechtfertigung sey, 40, oder unter 50 fl. werth seyn solle, sodann der Richter erster Instanz, oder das Kammergericht, deshalben keine gründliche Wissenschaft hätte, oder daran zweifeln würde, soll dem Appellanten aufgelegt werden, bey dem End, so er darum vor dem Richter erster Instanz oder vor dem Kammergericht vor allen Dingen erstatten soll, zu erhärten, daß er lieber 50 fl. von dem seinen verlieren, oder so viel nicht gewinnen, als daß er sich der Haupt- und Appellationssache begeben wollte; so solcher End von den Appellanten geschiebt, alsdann und nicht ehe, soll der Richter erster Instanz der Appellation statt geben, und die Appellation am

Kammergericht angenommen werden; doch soll andern wohl erlangten rechtmäßigen Privilegien der Untergerichte, die auf höhere Summen, dann 50 fl. sich erstrecken, durch diese Ordnung nichts entzogen oder benommen, sondern davon mit den adpellationibus, auch Zulassung derselbigen gehalten und solchen gemäs gehandelt werden, ꝛc."

§. 13.

Es ist nun zwar nicht zu läugnen, daß durch diese Stelle jene der Kammergerichts-Ordnung von 1521, welche durchaus keiner Mißdeutung unterworfen war, sehr verdunkelt worden ist. Es rührte dies vermuthlich daher, weil viele Stände schon damals privilegia limitata hatten, und sich, wie aus dem Schlusse des vorliegenden §. und aus den bey Meyern hierüber aufbewahrten Reichstags-Deliberationen abzunehmen ist, mehr um diese ihre privilegia, als um die summam ordinationis bekümmerten.

Gleichwohl erhellet doch aus jener Stelle abermal so viel klar, daß

1) nur solche jura, „die keine Schätzung annehmen," von der Adpellationssumme ausgenommen werden sollen; denn sonst wäre, wie oben schon erwähnt worden, der Eyd unnütz, und es erhellet daraus

2)

2) daß der Werth des Hauptguths, und nicht der Zinsen und Accessionen in Anschlag gebracht werden solle, weil abermal initio §phi des Hauptguths Erwähnung geschieht, und in fine der Eyd nur über „die Hauptsache," mithin nicht über Zinsen und accessiones abgeschworen werden soll.

§. 14.

In dem R. A. von 1570, wurde §. 66 die summa ordinationis auf 150 fl. erhöhet, und dasjenige, was die K. G. O. von 1555 erwähntermaßen in Ansehung der jurium, worüber appelliret wurde, in etwas verdunkelt hatte, §. 67. wieder aufgekläret. Es wird nicht undienlich seyn, diese beyde §phos hier einzurücken:

§. 66. heißt es: „als wir dann auch aus oben angeregten Visitationsabschieden und Relation berichtet, wie bey diesen unfriedsamen Zeiten, der muthwilligen unnöthigen Appellations wegen, die rechtliche Sachen an Unserm K. Kammergericht sich auf nicht wenig häufen, auch vielmal mehr Unkosten auf die Sachen, als sie werth seyn mögen, getrieben werden: darum diesen zu begegnen, haben wir nach angehörter der Kur- und Fürsten, auch gemeiner Stände und der abgesandten Räthe und Bothschafter räthlich Bedenken, Uns mit ihnen und sie mit Uns sich verglichen. Setzen,

Setzen, wollen und verordnen darauf, daß hinführo an Unser K. Kammergericht keine Adpellationssachen, da die Klage unter 150 fl. Hauptguths wäre, angenommen werden sollen."

§. 67: „Was aber unablösliche Gült, Zins oder Nutzung anlanget, setzen und wollen wir 6 fl. jährliches und was darüber, summa adpellabilis seyn soll, aber was darunter, davon soll nicht mögen adpellirt werden: ausgenommen, da die Gült, Zins oder Nutzung, der Oberkeit anhängig, oder aber, da derwegen auf das verfallen Eigenthum vel quasi, so obgehörter Summe gemäß oder darüber werth, geklagt wird, dann in denen, wie auch in andern Fällen, soll es bey der Ordnung bleiben."

§. 15.

Dieser Reichsabschied wiederhohlet also abermal das Wort Hauptguth, und schließt damit Zinsen und accessiones aus; setzt für die Gült, Zinsen oder Nutzung, eine neue summam adpellabilem jährlich 6 fl., und läßt es im übrigen bey der Ordnung.

Es sind demnach alle übrige jura und die servitutes unter den Gegenständen des §phi 67 mit begriffen oder nicht. Ist jenes, so hat es keinen Zweifel, daß auch bey ihnen die summa ordinationis unablößlicher jährlicher Ren-

ten in Erwägung gezogen werden müsse; sind sie aber darunter nicht begriffen, so muß es bey dem oben angezeigten Sinn der Ordnung bleiben, nach welchem sie nur alsdann, sine respectu summae adpellabilis, angenommen werden sollen, „wenn sie keine gewisse Achtung oder Werth haben.

§. 16.

Daß das Kammergericht diese gesetzliche Vorschriften nicht beobachtete, und dagegen viele Processe unter die Ordinationssumme angenommen habe, bezeuget der Deputationsabschied von 1600, der darüber in §. 8. laute Klage führt, und wegen des daraus entstandenen Unheils und Anhäufung theils nichts bedeutender, theils fauler Processe §. 14., die Adpellationssumme auf 300 fl. und zwar iterato Hauptguths setzet, auch wegen desjenigen, was sich im R. A. de 1570. in Ansehung der Sülte, Zinsen und Nutzungen verfügt findet, die Summe verhältnißmäßig (das ist auf 12 fl.) erhöhet, im übrigen aber es bey dem, was in vorigen Gesetzen hierüber disponiret worden ist, beläßt.

§. 17.

Das Concept der K. G. O. hat Part. 2. lit. 31. dieses alles wiederhohlet, behält §. 4. cit. tit. die Worte: 300 fl. Hauptguth bey,

eben

eben so §. 6. ibid. in Ansehung der Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten, und andern dergleichen, die Worte: „so nicht gewisse Achtung hätten," und schreibt endlich den oben angeführten §. 67. des R. A. de 1570., in Betreff der unablößlichen Gülten, Zinsen und Nutzungen, ausgenommen, daß in fine die Worte: „wie auch in andern solchen Fällen ꝛc." ausgelassen sind, und mit der von selbst folgenden Abänderung der Summe von 6 auf 12 fl. in §. 7. alleg. tit. 31. verbotenus ab.

Endlich verordnet der J. R. A. in §. 112. folgendes:

„Viertens solle die summa adpellabilis von 300 fl. bis in 400 Rthl. Capital, so wohl auch die Kraft des Dep. Abschiedes de 1600 um rechten Zins und Nutzung angestellte Processe und derentwegen verordnete 12 Gulden, künftig auf 16 Rthl., doch mit Vorbehalt eines jeden Standes Rechten, Gerechtigkeiten und Freyheiten, erhöhet werden."

Welcher Verordnung §. 114. noch beygefügt ist, daß in Ansehung derjenigen Adpellanten, die, wenn ihr Vermögen sich nicht über 2000 fl. erstrecke, pro pauperibus zu achten, die halbe Ordinationssumme hinreichen solle. Dieses und die im §. 112. befindliche Erhöhungen von respective 300 fl. auf 600 fl.,

und 12 auf 14 fl., ist die einzige quoad hanc materiam im gedachten Reichsabschiede befindliche Veränderung.

§. 18.

Wenn also die jura et servitutes darunter nicht mit begriffen seyn sollen, so muß es derentwegen (jedoch secundum proportionem der respective erhöheten 400 und 16 Rthl.) bey den vorhergehenden Gesetzen bleiben, daß solche nemlich alsdann nur indistincte appellabel sind, wenn sie nicht geschätzt werden können.

In Ansehung des Capitals, und daß keine Interessen oder fructus mit zu komputiren sind, zeigt, außer den angeführten klaren Worten des Gesetzes, das Conclusum trium collegiorum bey Meiern in Act. com. ad R. I. N. P. 2. fol. 234. genugsam und wörtlich, daß 600 fl. Capital ohne einigen Anschlag der Interesse oder fructuum (es seyn dann, daß man auf selbige blos und allein klagen würde) auch ohne Zusammenschlagung diversarum causarum geordnet worden sind.

§. 19.

Bey diesen klar vorliegenden Gesetzen mag es wohl wenig alteriren, was allenfalls einige den Cameralproceß commentirende, partheyische Procuratoren, oder Assessoren, die sich von

dem

dem Geiste der Jurisdictionserweiterung allzu weit führen ließen, über jene Fälle, die in allen Zeiten dissensus in votando, gemeine Bescheide und conclusa Pleni veranlaßten, gegen den wahren Sinn der Gesetze geschrieben und gehandelt haben.

§. 20.

Man darf sich in Ansehung der Beantwortung der oben ausgeworfenen Frage nur allein an die klaren Worte der Gesetze halten, die bey juribus et servitutibus, wenn sie adpellabel seyn sollen, durchaus, daß solche keiner Schätzung oder Achtung fähig sind, präsupponiren, dergestalt, daß wenn sie eine solche leiden, auch das ganze praesuppositum hinwegfällt, und kein Grund mehr vorhanden ist, warum ihrentwegen die summa adpellabilis nicht ebenfalls eintreten solle.

§. 21.

Jura per se inaestimabilia sind, die Gerichtsbarkeit und viele servitutes, als viae, actus et itineris über funda, deren Werth die summam adpellabilem übersteigt, wie auch die servitutes urbanae.

Es wiederspricht aber der gesunden Vernunft, daß alsdann noch die Sache über eine solche Gerechtigkeit adpellabel seyn soll, wenn

das ganze Objectum, dem sie anklebet, es nicht ist.

§. 22.

Es ist daher sehr unbestimmt, was die Gebrüder Koch ad O. C. P. 2. tit. 28. sagen:

„In hisce causis (Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten) etsi capitalis et petita summa non valeat 600 fl. utique adpellationes admittuntur, imo si vel ratione denarii vel pulli gallinacei (quem forte singulis annis à te mihi praestandum esse contendo) concertetur, tum utique et hoc casu dicimus, adpellationes admittendas, quia hic maximum versatur praejudicium.“

Welcher vernünftige Assessor wird aber wohl lieber über einen pullum oder gallum gallinaceum oder denarium, wenn nicht etwa das Guth, von dem er gegeben werden soll, sehr ansehnlich, „und die Abgabe auf dessen Freyheit von gefährlicher Consequenz ist,“ einen weitläuftigen Actenstock extrahiren und referiren, und dagegen eine andere Sache, „von der das zeitliche Glück einer ganzen Familie abhängt“ (woran es nie fehlet) liegen lassen! Es würde also eine solche Adpellationssache nothwendig liegen bleiben müssen, und jenes principium die Folge haben, daß, wenn die

die praestantiarii solcher Abgaben in den adpellabeln territoriis ihr Handwerk verstehen, in keinem derselben weiter ein denarius oder Gallus Gallinaceus entrichtet werden würde.

§. 23.

Gleichwohl haben die alten Cameralisten den Hang gehabt, die Adpellationen bey juribus et servitutibus, ohne einige Rücksicht auf deren Schäzung, oder auf den Werth des objecti, dem sie ankleben, indiscriminatim anzunehmen. Jedoch waren ihre Meinungen darüber getheilet, wie Ludolf obs. 400 et ult. Coroll. 1 mit folgendem anführt: „Exorta est interdum quaestio de aestimatione juris incorporalis praedio cuidam adhaerentis, e. g. Servitutis, si ipsum praedium infra summam adpellabilem aestimetur, an tunc nihilominus adpellationi possit esse locus? Qui Blumium consulere solent, tuentur sententiam affirmativam; neque tamen Blumium de quaestione tali egisse, nec cogitasse, certum est. Aliis aliter videtur statuendum, nempe servitutem non majoris pretii esse habendam, quam quod est praedii ipsius, cui debetur servitus. Argumenta sunt verba ordinationis dicto §. 4. „So nicht gewisse Achtung hätten ꝛc." nam si constat de aestimatione praedii, totius juris incorporalis eidem adhaeren-

tis aestimatio non potest esse adeo incerta, ut superet summam praedii. Deducta aliquando hac re in deliberationem collegii pleni, non unanimes fuere sententiae. Aliis in casu proposito adpellationem denegantibus, aliis pro circumstantiarum diversitate et incertitudine arbitrio Judicis, an esset recipienda adpellatio vel non, relinquentibus. In ea opinionum diversitate et casu tunc substrato processus fuerunt admissi. Quaestio ipsa in statu problematis mansit, quam etiam in eodem statu relictam volumus. Advocatis partium tamen consultum erit, ne in ejusmodi casibus adpellantibus, ut consuevere saepius, faciant spem victoriae nimiam. &c."

§. 24.

In den neuesten Zeiten aber scheint nunmehr hierüber kein besonderer dissensus mehr zu seyn. So sind vor einiger Zeit in Sachen von Schenck wider die Regierung zu Braunfels die Processe über eine Servitut per unanimia abgeschlagen worden, weil der ganze fundus serviens den Werth der Ordinationssumme nicht erreichte. Gleiche principia sind noch kürzlich in einem Senate per unanimia abermal angenommen worden.

Es

Es ist contra sanam rationem, daß über Gegenstände, die keine 10 Kr. werth sind, mit schweren Kosten weitläuftige Appellationsprocesse geführt werden sollen. Die drey Herrn Assessoren bemerken dies in ihren Gutachten, die sie auf Befehl der letztern Visitation über das Concept der K. G. O. verfertiget (welche Selchov hernach hat drucken lassen) ad P. 2. tit. 31. § 6. sehr treffend, und führen dabey einen Fall namentlich an, der weiter nichts zum Gegenstand gehabt habe, als daß einer ein steinernes Bild an seinem Hause aufgerichtet, welches der Nachbar nicht habe zugeben wollen, indem sich bey jenem Bilde ein Arm einige Linien über sein (des Nachbars) Haus ausgestreckt befunden, über welchen wichtigen Gegenstand sodann mehrere tausend Rthl. für Proceßkosten darauf gegangen seyen.

§. 25.

Der Werth des praedii kömmt alsdann nicht in Betrachtung, wenn sich der Werth der Abgabe, der Dienstbarkeit ꝛc. an sich bestimmen läßt. Erreicht solcher die summam adpellabilem der 16. Rthl. nicht, so kann auch die Berufung nicht statt finden.

Sehr gründlich hat dies der Freyherr v. Cramer in seinem Systemate processus §. 1118. seq. schon behauptet. Er sagt: Quo-

ties interesse determinatum subest, quando adpellatio interposita, toties menti legis, qua summa adpellabilis introducta, prorsus conveniens est, ut ejus ratio habeatur. Atqui, quando de juribus agitur, fieri potest, ut interesse determinatum subsit, velut quando de servitute agitur: quin igitur et tunc ratio summae adpellabilis habenda sit, dubio caret. Et pone, quod ratio habenda non esset, certe adpellare liceret, etsi jus ultra florenum unum aestimari non posset, praediumque *dominans* (soll serviens heißen *) 100 florenos tantum valeret, quando de servitute agitur, quae eidem debeatur, quod aperte contra mentem legis esset &c."

§. 26.

Diese Behauptung des Freyherrn v. Cramer ist durchaus zu unterschreiben, somit die oben ausgeworfene erste Frage nach der bisherigen Ausführung für erledigt zu halten. Ich

*) Denn man kann sich bey einem Praedio dominanti jura denken, die weit mehr als das Praedium selbst werth sind; aber eine Servitut eines Praedii servientis kann nicht mehr werth seyn, als das Praedium selbst.

Ich bestärke diese Grundsätze durch ein neueres ergangenes Urtheil, welches auf solche gebauet ist. Es ist der gleich folgenden Ausführung über die zweyte Frage, die zugleich durch dasselbe entschieden wurde, beygedruckt.

Zwey-

Zweyter Rechtsfall,

über die Frage:

Ob Interessen, Pensionen, jährliche Nutzungen, zugesprochene Zinsen, überhaupt accessiones, cum sorte ad constituendam summam adpellabilem cumulirt werden können?

Inhalt.

§. 1 und 2. Fast sollte man über diese Frage keinen Zweifel vermuthen können, indem sie in den Gesetzen ganz deutlich negative entschieden ist.

§. 3 — 6. Gleichwohl waren die Cameralen von den ältesten Zeiten her geneigt, dem klaren Buchstaben der Gesetze entgegen, die Zinsen zum Capital zu schlagen. Beym Reichshofrathe aber geschah dies nicht. Daraus entstand zwischen den beyden höchsten Reichsgerichten diversa praxis. Die Folge hiervon. Jedoch waren beym Kammergerichte nie unanimia hierüber. Die Assessoren Mynsinger und Gail, ferner Reding, und die Pre-

Procuratoren Blum und Deckherr sind für die eigentlichen Urheber der irrigen Meynung anzusehen.

§. 7 — 16. Behauptungen Mysingers, Gails, Rodings. Deren Wiederlegung. Sie und ihre Nachfolger, unter diesen Ludolf und Cramer, haben durch ihre Observationen, Sammlungen und andere Werke, dem Reiche und dem Publico gute Dienste geleistet. Der Glaube an ihre Sätze darf aber nicht blind seyn. Bedauerlich ist es, daß ihre oft auf Irrthum sich gründende singulaire Meynungen ohne alle Prüfung angenommen worden, und bis in die compendia juris, woraus die Jugend auf Universitäten ihren Unterricht erhält, eingedrungen sind.

§. 17 — 22 Sätze des Blum, Lauterbach, Deckherr, und deren Widerlegung.

§. 23 — 29. Behauptungen des Ludolf, und deren Widerlegung.

§. 30. Schluß, worin die in der ganzen bisherigen Ausführung vertheidigte Thesis: daß usurae, fructus, überhaupt accessiones, ad computandam summam adpellabilem nicht mitzurechnen seyen, durch ein neueres am Kammergerichte per unanimia gefälltes Urtheil bestätigt wird.

§. 1.

Ueber die oben ausgeworfene Frage sollte man fast keinen Zweifel vermuthen können, indem die in der hier eben vorhergehenden Abhandlung (§. 10. seq.) schon angeführte Gesetze hierüber allzu deutlich sind.

Sie

Sie sprechen sämtlich von Hauptguth, und der R. A. v. 1654. gebraucht zweymal das synonimum Capital; einmal §. 112., wo die Summe der 600. fl. eingesetzt wird, und dann §. 114, wo für diejenigen, welche keine 2000. fl. im Vermögen haben, nur 300. fl. bestimmt sind.

Noch deutlicher und zwar auf das ausdrücklichste ist jene Frage in dem §. 127. des erwähnten Reichsabschieds entschieden, wo in Ansehung der Revisionssumme folgendes verordnet wird:

„Zu Abkürzung der vielfältigen Revisionen sollen, gleichwie eine gewisse summa adpellabilis, also auch revisibilis, und zwar auf 2000 Rthl. Capitals, „ohne Einrechnung der Zinsen und Interessen" hiemit gesetzt, auch in denen Sachen und Fällen, da von dem Unterrichter an unser Kammergericht nicht adpelliret werden kann, auch von demselben Kammergericht, da sie daselbst in Gestalt simplicis querelae angebracht, keine Revision statt haben."

§. 2.

Da nun bekanntlich von der Appellation auf die Revision, und vice versa von dieser auf die Appellation ein sicherer Schluß zu machen ist, so muß sicher auch hier, wenn ja die klaren Worte, Hauptguth in den ältern, und

Capital in den neuern Geſetzen noch einer weitern Erklärung bedürfen ſollten, gemacht werden. Eine Stelle erklärt hier die andere; beyde ſagen im Grunde einerley, daß nemlich die Adpellations- und Reviſionsſumme blos vom Hauptſtuhl ohne Einrechnung der uſurarum et acceſſionum zu verſtehen ſeyen.

§. 3.

Nichts deſtoweniger haben, von den älteſten Zeiten an, die Cameralen die Zinſen bey der Ausrechnung der ſummae adpellabilis, obwohl nicht unanimiter, jedoch, wie es ſcheint, meiſtens per majora, mit zum Capital geſchlagen; und dies zwar gegen den klaren Buchſtaben des Geſetzes. Der Reichshofrath aber iſt den deutlichen Vorſchriften hierinn beſſer nachgegangen, und hat beſtändig die Adpellationsſumme nur vom Hauptſtuhl, ohne Einmiſchung des intereſſe et fructuum, berechnet.

§. 4.

Hieraus iſt nun diverſa praxis quoad hanc materiam zwiſchen den beyden Reichsgerichten entſtanden, welche dann das Kammergericht nothwendig mit allen den nichtswürdigen Sachen, wo die ſumma adpellabilis zweifelhaft war, und die Intereſſen zu Hülfe genommen werden mußten, beladen, und den

Ort

Ort seines Aufenthalts mit Bettlern und Vagabunden, die größtentheils die Helden dieser Sachen sind, anfüllen mußten.

§. 5.

Daß jedoch die Erkenntnisse des Kammergerichts, wenigstens quoad summas adpellabiles privilegiorum limitatorum, pro et contra (vermuthlich je nachdem majora von der einen oder andern Meinung in einem Senate zusammen kamen) ausgefallen sind, zeigt sich in den Decis. Rotae Spirensis à Scipione editis lib. 3. Dec. 47, wo 3 solche gegeneinanderlaufende Erkenntnisse namhaft gemacht werden, die der Herausgeber damit conciliiren will, daß etwa in dem einen privilegio Hauptguth, und in dem andern dieses nicht gestanden habe. Dies kann aber die Ursache nicht seyn, indem sich keine ratio differentiae denken läßt, warum man dem Wort Hauptguth, wenn solches in einem privilegio vorkömmt, mehr Gewicht habe beylegen können, als es haben soll, da es in der Ordnung vorkömmt.

Wer es also hier nicht gelten lassen will, der hätte es ja auch nothwendig bey einem privilegio nicht gelten lassen können. Es scheint daher, daß diversitas der Meinungen hierinn überhaupt zum Grunde gelegen habe.

§. 6.

§. 6.

Die Assessoren Mynsinger und Gail, ferner Roding, und die Procuratoren Blum und Deckherr sind für die eigentlichen Urheber der irrigen Meynung anzusehen. Bey den übrigen ältern Cameralschriftstellern z. B. bey *Denaisio*, *Emerico à Rosbach*, *Textor* und andern, findet man hierüber contra legem nichts.

§. 7.

Mynsinger sagt cent. 5. Obs. 83. n. 5. „Eadem ratione cumulatio sortis et censuum in Camera admittitur, ut quia forte sors sit 42 aureorum, census vero octo vel novem, si facta tandem cumulatione sortis et census, integra summa quinquaginta aureorum (die damalige summa adpellabilis) evadat, in Camera agi poterit: atque ita saepe judicatum est," und Gail lib. 1. obs. 123. n. 3. behauptet das nemliche:

„Possunt autem diversae summae conjungi, et census sive pensiones cessae cum sorte pro fundanda jurisdictione cumulari."

Welchem Ausspruche *Graevius* ad Gailium in libr. 1. decis. 123. seinen Beyfall zuruft.

Diesen Irrthum hat einer dem andern nachgeschrieben, und der jüngste R. A. konnte

sich keiner genug expressiven Worte bedienen, die vermögend gewesen wären, jene inveteratas auctoritates zu entkräften, sondern es wurden, der Analogie und der ausdrücklichen Worte des J. R. A. unangesehen, noch immer die Interessen und rückständige oder fällige Renten mit in die summam adpellabilem gerechnet.

§. 8.

Roding vertheidigt in seinen Digest. cam. libr. 1. tit. 20. §. 43. seq., oder da er ante R. J. N. lebte, so behaupten vielmehr seine amplificatores bey den neuern Ausgaben, die Kammergerichtsadvocaten Gambs und Brauer, noch nach dem J. R. A. jenen irrigen Satz mit folgenden Gründen:

„Rationes sunt illae (heißt es hierinn) 1) in ord. cam. P. 2. tit. 28. §. 4. R. J. de 1570. §. 66. et R. D. de 1600. etiam fit mentio solum des Hauptgeldes, Hauptstuhls, et tamen teste Mynsingero et Gailio, census, sive pensiones cessae, cum sorte cumulari pro facienda summa adpellabili potuerunt. Si ergo ordinatio eo casu non obstitit, nec de praesenti verbum *Capitale* (scil. in R. J. N.) obstare videtur, cum Hauptstuhl et Capitale sint synonima.“

2)

2) „Haec vocula *Capital* non videtur excludere penſiones ceſſas et adjudicatas, ſed ſaltem videtur opponi vago illi adhuc illiquido intereſſe, damno et expenſis, quod acceſſorie quaſi in adjudicationem venit.“

3) „Si quaeſtio ratione penſionis ſolum fuerit in judicium deducta, neque jus commune, neque ſtilus camerae hactenus obſtetit, quo minus adpellatio fuerit recepta, ſi judicatum ſummam adpellationis excedat, ſi ergo hoc valet in penſionibus ſeorſim petitis, quidni etiam valeret, ſi conjunctim cum ſorte petantur,“

4) „In ſumma reviſibili penſiones et intereſſe expreſſis verbis in R. J. N. §. 127. excluduntnr. Quodſi ergo quid aliud a jure communi et hactenus uſitato ſtilo, de quo *Gailius* et *Mynſingerus* teſtantur, diverſum ſtatus ordinare voluiſſent, ejus expreſſionem ſine dubio feciſſent“

5) „In adjudicato intereſſe ſeu penſionibus quandoque majus poterit eſſe gravamen, ac in Capitali ipſo, qualia judicum inferiorum arbitrio indiſcriminatim relinquere, aeque hujus ſummi imperialis judicii jurisdictioni praejudiciale atque etiam litigantibus damnoſum

 eſſe

esse videtur. Sic in causa Lubben contra Posten appellationis Anno 1659 ratione pensionum tale decretum extrajudicialiter latum:

„wofern Supplicant besser beweisen wird, daß das abgesprochene alterum tantum sich so hoch, als summa adpellabilis in privilegio Brunsuicensi erfordert, belaufe, soll darauf ergehen, was Recht ist.“

So weit Roding oder vielmehr die neuere Editores seines Werks.

§. 9.

Wenn man nun diese 5 angeführte Gründe genau erwägt, so ergiebt sich klar, daß ihre Hauptstärke auf der Meynung der Kammergerichtsbeysitzer Gail und Mynsinger beruhet, deren Aussprüche jus commune et hactenus usitatus stylus genennet und hier so wichtig gehalten werden, daß man novas leges expressas zu deren Widerlegung erfordert, und selbst da, wo diese wirklich vorhanden sind, können Ausdrücke nicht expressiv genug seyn.

§. 10.

Das primo loco angeführte fundamentum jener irrigen Meynung ist wirklich ein solches, daß man bey noch so klaren Gesetzen

die Segel ſtreichen muß, und dagegen kein Geſetz von Gewicht ſeyn kann. Es heißt in effectu nichts beſſeres, als dieſes: wenn Mynſinger und Gail die alte Ordnung und Reichsabſchiede übel ausgelegt und wider den wahren Sinn angewendet haben, ſo muß das neue Geſetz auch eben ſo ausgelegt und angewendet werden, das lange nach beyder Ableben gemacht worden iſt.

Mynſinger und Gail gelten alſo mehr als Geſetze und Ordnungen, und es iſt keine Geſetzgebung möglich, durch welche die Zinſen aus der ſumma adpellabili weggewieſen werden können, weil Mynſinger und Gail ſie darinn aufgenommen haben.

§. 11.

So ſehr man auch dieſe beyden berühmten und verdienſtvollen Männer verehren muß, ſo wenig kann man doch ihren Meynungen die Kraft der Geſetze und noch am allerwenigſten die Macht, einem deutlichen Geſetze zu derogiren, zuſchreiben. Sie und ihre Nachfolger, Ludolf und Cramer, haben durch ihre Obſervationen und andere Werke dem Reiche und dem Publico gute Dienſte geleiſtet; der Glaube an ihre Sätze darf aber nicht blind ſeyn.

Bedauerlich iſt es, daß ihre oft auf Irrthum ſich gründende ſingulaire Meynungen

ohne alle Prüfung angenommen, und bis in die compendia juris, woraus die Jugend auf Universitäten ihren Unterricht erhält, eingedrungen sind.

Sie waren ministri legum und keine Gesetzgeber, wozu ihnen der Auftrag fehlte, und über dieses Menschen, denen Irrthum und Leidenschaft, wie allen andern Menschen, angebohren war.

Ihre Behauptungen müssen also den Worten, dem Sinne der Gesetze und deren Analogie, wenn sie damit nicht übereinkommen, weichen.

§. 12.

Um wieder auf die oben erwähnte Argumente des Roding (oder vielmehr seiner Amplificatoren) zurück zu kommen, so braucht man zwar nach dem bisher schon ausgeführten auf das 2te Argument gar nicht weiter zu antworten; und eben so fällt es alsbald in die Augen, wie wenig auf die 3te und 5te angegebene Ratio (die zusammen eine ausmachen) stringent sey; denn es ist ein großer Unterschied zwischen dem Fall, wenn, wie in der bey Roding allegirten Sache, Lubben contra Posten, ganz allein über das interesse gravaminiret wird, und jenem, wenn das Interesse nicht principaliter, sondern blos accessorie mit im

im Streit ist, und nur zu dem Ende zu dem Kapital gerechnet wird, um die summam ordinationis vel privilegii herauszubringen.

§. 13.

Ja, man kann zugeben, daß, wenn die Interessen an sich, ohne Zurechnung des Capitals, summam adpellabilem ausmachen, alsdann auch ihrentwegen die Adpellation statt haben könne, obwohl auch dieses nicht außer allem Zweifel ist; wie denn der ehemalige Assessor bey dem Kammergerichte, jetzt fürstlich Oranien Nassauischer Herr Präsident v. Preuschen in der eigentlich von ihm (wenigstens den Materialien nach) herrührenden Dissertation de summa adpellabili, die Starck im J. 1778 in Giesen defendiret hat, alle und jede Adpellation über rückständige Interessen und Pensionen, die nicht jährlich 16 Rthl. ausmachten, aus nicht unerheblichen Gründen für unstatthaft hält.

§. 14.

Hier ist die Rede von der Zusammenrechnung der Zinsen mit dem Kapital, um die summam adpellabilem herauszubringen; und das widerspricht den ältern Gesetzen, die Hauptgut erfordern, (denn eine Summe, die theils aus Pensionen und Interessen, theils

aber aus Hauptgut bestehet, kann nicht ganz Hauptgut genennet werden) nicht nur literaliter, sondern auch dem Reichsabschiede de 1570 dem Deput. Absch. v. 1600, und dem jüngsten Reichsabschied im wesentlichen, indem solche für Interessen, Pensionen und jährliche Nutzungen eine besondere summam adpellabilem, die in letztern auf 16 Rthl. bestimmt ist, verordnen, mithin hierdurch schon genugsam an den Tag legen, daß die eine nicht in die andere gerechnet werden solle, um eine dritte Summe, die weder Interesse weder Kapital genennt werden kann, sondern ein Amphybion oder Bastard ist, herauszubringen.

§. 15.

Das 4te noch übrige bey Roding vorkommende Argument, welches von der in §. 127. J. R. A. enthaltnen Bestimmung der summae revisibilis hergenommen ist, ist endlich gerade ein Argumentum legis gegen jene irrige Meynung.

Da in dem erwähnten §. von der summa adpellabili die Rede nicht ist, noch die Revisionssumme einen Theil der Adpellationssumme ausmacht; so kann man nicht sagen, daß die bey ersterer vorkommende ausdrückliche Benennung der Interessen eine exceptio a Regula sey, quae firmat regulam in casibus non exceptis.

Wohl

Wohl aber tritt im Gegentheil, da Reviſio et Adpellatio pari paſſu gehen, das argumentum juris ſeu legis à ſimili ad ſimile (wie oben §. 2. ſchon angeführt iſt) auch auf die Adpellationsſumme ein, und muß untrüglich beweiſen, daß auch bey dieſer die Intereſſen nicht miteingerechnet werden können. Wenn ſonſt noch ein Argumentum legis möglich iſt, und nicht alles, was die Rechtslehrer hierdurch erwieſen haben, für nicht erwieſen zu halten ſeyn ſollte (welches eine artige Revolution in der Jurisprudenz verurſachen würde); ſo muß jenes Argument auch hier ſicher concludent ſeyn.

§. 16.

Inzwiſchen kann jedoch jene irrige Meynung der alten Cameralen, die Zinſen zum Hauptſtuhl ad computandam ſummam adpellabilem zu rechnen, die herrſchende nicht geweſen ſeyn, indem ſelbſt ein concluſum Pleni vom 28. Jun. 1670. bekannt iſt, worinn das gerade Gegentheil feſtgeſetzt worden iſt.

Allein auch dieſes Concluſum war eben ſo wenig, als die vorhergehende Vorſchrift der Geſetze hinreichend, den Eigenſinn der Diſſentientium zu biegen, welche nach wie vor die Intereſſen mit dem Hauptſtuhl zu verbinden, und dadurch das höchſte Reichsgericht

contra intentionem legum mit nichtsbedeutenden Sachen zu belästigen, nicht unterließen.

§. 17.

In einer neuern Edition des Blumii Proc. cam. de 1703. (denn die erstern traten vor der Zeit des eben angeführten Conclusi Pleni, 1665 zu Kölln, und 1667 zu Frankfurt ans Licht) wird tit. 46. §. 13. gesagt:

„Eadem ratione possunt etiam pensiones cum sorte cumulari. Mynsinger, Gail &c. cui videtur obstare R. J. de 1654. §. 112. per verbum Kapital C. O. C. P. 2. tit. 31. §. 4. per verbum Hauptgut et Rec. Deput. de 1600. §. 14. verbo Hauptgeld. Quae tria verba unum idemque et quidem sortem denotant, atque usuris alias in vulgari sermone opponuntur. Jam vero in alleg. textibus dicitur, summam adpellabilem esse debere Kapital, Hauptgut, Hauptgeld; verum respondeo, non semper sortem, sed aliquando solas usuras esse summam adpellabilem, uti manifestum est in annuis reditibus irreluitivis. Si ergo solae usurae multo magis una cum sorte facient summam adpellabilem, sed in praecitatis textibus solius Capitalis fit mentio, quod illud ut plurimum summam

mam adpellabilem faciat, exinde tamen hic non excluduntur penſiones; uti expreſſum factum eſt in ſumma reviſibili per R J de 1654. § 127. ideo iſthaec tria verba non tam Uſuris, quam litium expenſis aliisque acceſſionibus opponi patet. Aſt 28. Jun. 1670 in Pleno concluſum, quod in poſterum uſurae cum ſorte ad conſtituendam ſummam adpellabilem non cumulari, ſed ſola ſors conſiderari deberet.

§ 18.

So elend auch die Gründe ſind, mit welchen in der angezogenen Stelle der deutliche Buchſtabe dreyer Geſetze wegraiſonirt wird; ſo ſcheint doch Blum vor dem erwähnten Concluſo pleni Reſpect zu haben, weil er hiervon weiter nichts ſo wenig pro als contra ſagt.

Allein Deckherr, Bocken, und Lauterbach suppliren ihm hierinn, und helfen ſich ganz kurz damit, indem ſie vorgeben, daß das Concluſum Pleni nicht zur Obſervanz gekommen ſey, womit dann auch dieſes über Bord geworfen iſt und ſich nicht beſchweren kann, weil es alte und neue Reichsgeſetze zu Reiſegefährden hat.

Wolfgang Adam Lauterbach ſagt in ſeinem, von deſſen Sohn, dem nachherigen von

dem

dem fränkischen Kraise präsentirten Assessor Thomas Ulrich Lauterbach edirten, Collegio theoretico practico Lib. 49. tit. 5. §. 8, daß das Conclusum nur von den Adpellationssummen der Privilegien, wenn in dem privilegio das Wort Hauptstuhl stehe, rede. Er beweißt aber seine Meynung so wenig, als daß er einen Grund angiebt, warum das Wort Hauptstuhl in den privilegiis, die doch mehr strictae interpretationis als die allgemeinen Gesetze sind, eine größere Kraft, als in der Ordination, worinn es doch ebenfalls steht, haben solle.

Auch ist in dem von ihm allegirten Gylmann das gerade Gegentheil erfindlich, daß nemlich die Zinsen mit dem Kapital nicht cumuliret werden können. Ja, in dem von Lauterbach für seine Meynung allegirten 3ten Volumine des Gylmanns, voce *summa adpellabilis*, läßt dieser nicht einmal zu, daß diversae summae diversorum gravaminum und also noch viel weniger Interessen ad constituendam summam adpellabilem zusammen gerechnet würden.

§. 19.

Uebrigens führt Lauterbach annoch an, daß am Reichshofrathe eine von der kammergerichtlichen hierinn diverse Praxis herrsche, und dort die Zinsen zu dem Hauptstuhl nicht gerechnet würden. Ob indessen diese erwähnte in dem

Lau-

Lauterbachſchen Collegio befindliche Stelle von dem Vater herrühre oder von dem Sohn, der erſt nach der erſten Ausgabe jenes Werks im Jahr 1698 Aſſeſſor an dem Kammergerichte wurde, kann hier gleich gelten. Jedoch können beyde von dem angezogenen Concluſo Pleni Wiſſenſchaft gehabt haben, indem der Vater bis 1678 und der Sohn bis 1710 gelebt haben.

Das allegatum des Uffenbachſchen Reichshofrathsproceſſes aber, worauf ſich bey jener Nachricht der diverſen reichsgerichtlichen Praxis bezogen wird, welches Werk 1683 zum erſtenmal gedruckt worden iſt, muß nothwendig von dem Sohn ſeyn.

§. 20.

Dieſer von Uffenbach, der als Iſenburg-Büdingiſcher Rath viermal nach Wien geſchickt ward, und ſich daſelbſt die gründlichſte Kenntniß der Reichshofraths Praxis erwarb, deſſen Werk auch der Reichshofrath ſelbſt vor dem Abdrucke in die Cenſur genommen hatte, bezeugt nun *) tractatu de Conſilio caeſareo imperiali aulico Cap. 10. Sect. 2. ſubſect. 2. pag. 1. die Reichshofraths praxin in dem vorliegenden Falle mit folgendem: „Praeterea notandum, ſi ſumma capitalis non adpellabilis

*) in tractatu de Conſilio caeſ. imper. aulico Cap. 10. Sect. 2. Subſect. 2.

labilis sit, quod tunc pensiones adjudicatae, pro facienda summa adpellabili, secundum praxin camerae Spirensis, cum Capitali cumulari possint. (Allegando Roding, Mynsinger, Gail et Blum), aber de praxi Judicii imperialis aulici hat solches keine Statt, sondern wird dem Recessui imperii novissimo d. 1654, der allein von der Kapitalsumme redet, stricte inhäriret; dergestalt sind 1672 in causa Stellmacher contra Morel petiti Appellationis processus zum drittenmal abgeschlagen worden, und als Stellmacher sich auf die praejudicia cameralia und vorangezogene Auctores getrost bezogen, und nochmal pro processibus plenariis gebeten, ist am 19ten August besagten Jahres decretiret worden."

„Wird Supplicant seines Einstreuens ohngehindert, ein vor allemal auf vorige Decreta, mit ernstlichem Verweiß remittiret, und ihm nochmal anbefohlen, sich hierinn fernern Supplicirens, bey damals vorbehaltener Strafe allerdings zu enthalten, und in widrigen Fall zu anderweitern schärferen Einsehen nicht Ursachen zu geben.

§. 21.

Doch auch das bessere Verfahren des R. H. R. und dessen mehrere Nachachtung der Gesetze hierinn vermogte auf die pertinaciter bey ihrer

Mey-

Meynung beharrende Camerales damaliger Zeit so wenig, als die Gesetze selbst, Conclusa Pleni, et vota ſaniora. *Deckherr* in concordia ſupremorum Tribunalium S. R. J. Cap. 10. pag. 107. ſeq. spricht von dieser angezogenen verschiedenen praxi, giebt aber dem Reichshofrathe so wenig Beyfall, als er selbst überhaupt dem v. Uffenbach völligen Glauben beyzumessen Anstand nimmt, und setzt hinzu: „It autem ſcio,

1) „hic non controverti de vagis fictisque penſionibus et imaginario intereſſe, aut de non petitis in prima inſtantia et nunc primum coacervatis, ut aliquid fieret, quod non erat, ſed de realiter in libello petitis et realiter per ſententiam gravatorialem alterutri ab- vel adjudicatis.“

2) „Eum, qui ſummas adpellabiles ex ſola ſumma petita ſine forma petitionis judicare vult, non vero ex ſumma condemnationis vel abſolutionis, ut camera id experta eſt, magnam converſurum proceſſuum litiumque vim contra leges, contra obſervantiam.“

3) Summam illam abjudicatam vel reſpective alteri adjudicatam, poſtquam ſententia in rem judicatam tranſiverit, adeoque ſolvenda eſſet, evidentiſſime Cenſum Capitalis in pecunia numerata facere.“

4)

4) „Etsi secus fieret, omnes super pensionibus et interesse latas sententias, cujuscunque effabilis summae sint, inappellabiles futuras, quod quasi gentium juri adversabitur.“

5) Prout luxum, sive indomitam praetensionem, L. 11. ff. de jurisdict. cohibendam, ita nec textum R. J. N. §. 112. verb. Kapital ad manuductionem juris communis scripti, legitime, ubi opus erit, relaxandum.“

6) „Quae ab Advocatis, partialibus ut plurimum, emanant praejudicia flocci facienda, neque aliquid ad rerum summam facere; quid itaque de hujus et superioris articuli exemplis statuendum, ex aliunde disputatis exquiri potest.“

7) „*Unum quemque eo inniti debere, ne Germania credat, diversos esse Justitiae vultus, nedum hostiles et in contradictoriis collocatos, et cum talia occurrunt, interpretationem ex jure communi petendam;* si hoc decisive nihil dicat, ad sanam Judicis rationem et utilitatem publicam recurrendum esse; ille enim, qui appellationem promiscue praescindit, lites quidem pauciores facit, justitiam autem nequaquam promovet.

§. 22.

§. 22.

Die Rechthaberey ist in dieser angezogenen Stelle etwas weit getrieben. Derjenige, welcher Kleinigkeiten, Bagatellgegenständen wegen, dem Kameralprocesse, der 100 Jahre dauern und mehrere 1000 Rthl. Proceßkosten verursachen kann, das Thor öfnet, promovirt warlich Justitiam nicht, vielmehr thut dies jener *qui lites pauciores facit, futiles ac super rebus minimis et nullius momenti versantes arcendo.*

Dies war gerade der Sinn, der Zweck der Gesetze, warum eine summa adpellabilis bestimmt wurde. Wenn Deckherr den von niemand in der Welt zu bezweifelnden Satz, *interpretationem ex jure communi petendam esse*, selbst annimmt und annehmen muß, so muß er auch hanc interpretationem, wie es der Reichshofrath, nach dem Zeugniß des v. Uffenbach, aus den Gesetzen, die hier klar genug sind, selbst, nicht aber aus dem Wahne zur Gesetzgebung unberufener Privatausleger nehmen, noch den Behauptungen Mynsingers und Gails die Kraft des juris communis beylegen; und dann muß, *ne germania credat diversos esse Justitiae vultus*, die Praxis des Reichshofraths, nicht aber die irrige, eigentlich mehr auf einem übel angebrachten Erweiterungsgeist der kammergerichtlichen Jurisdiction

als auf allen bisher vorgekommenen Scheingründen ruhende Praxis des Kammergerichts, eintreten.

Der Status controversiae besteht darinn, ob pensiones, usurae et accessiones NB. *ad conficiendam summam adpellabilem*, wie bisher schon genugsam gesagt ist, zum Kapital zugerechnet werden können? Es ist daher ein Wortstreit, was Deckherr ad 3 et 4. vorbringet; denn sobald der Streit über pensiones et usuras, die rückständig sind, principaliter geführt worden ist, oder sobald diese, ohne Kapital zu rechnen, für sich schon summam adpellabilem ausmachen; so sind sie das Objectum selbst, mithin in so ferne Kapital.

§. 23.

Eben so, wie Deckherr, will auch Ludolf dem Zeugniß des Uffenbachs keinen Glauben beymessen, und das mehr angeführte Conclusum Pleni von 1670 sucht er folgendermaßen aus dem Wege zu räumen. Er sagt *):

„Conclusum pleni collegii cameralis allegatum à Blumio ad summam adpellationis constituendam, usurarum cum sorte

---

*) in Comment. system. de jure cam. §. 13. Num. 13.

sorte cumulationem non admittit, sive agatur de summa ordinationis, sive de summa privilegii. Quod conclusum tamen cum grano salis accipiendum esse videtur, puta si usurae sint vel imaginariae (misere enim sese torquent nonnunquam Appellantes, in effingenda summa) vel in prima instantia non petitae. Nam, ut intelligatur praedictum conclusum simpliciter sine ulla restrictione, prohibet ratio, quod sine absurditate dici nequeat, omnes sententias de pensionibus vel usuris latas, ejusque summae etiam immensae, esse non adpellabiles Neque Uffenbachii auctoritas mihi est tanta, ut persuadear quocunque casu judicium imperiale aulicum adpellationes ejusmodi denegare. Certiore opus est testimonio et experientia contradictorium jus in judiciis Germaniae supremis statuere, valde durum est, vid. Deckherr, Lauterbach &c. — Memini me legere in regestis Assessoris quondam celebris, quod conclusum supra dictum intelligendum sit de casu privilegii, in quo summa Capitalis expresse nominata. Protocolla antiquorum temporum sunt admodum concisa, neque in quaestione praedicta conclusum senatus cum distinctione, sed generali-

ter. Accidit fortuito, ut in notata veteris cujusdam Assessoris jam defuncti inciderem, qui interfuerat consilio d. 28. Jun 1670. et rationes conclusi *protocollo Pleni non insertas*, annotaverat, ex quibus didici, actum tunc fuisse non de summa ordinationis, sed unice de summa privilegii: ergo extra summam privilegii cumulationem pensionum cum sorte ad constituendam summam adpellabilem admitti in Camera, exemplo 24. Nov. 1685. in Causa Meyers Erben contra Thiergarten.

§. 24.

Das sind nun zum Theil ganz neue rationes, womit der seel. Ludolf das befragte Conclusum Pleni auf die Seite schaft. Wer Swifts Märchen von der Tonne gelesen hat, dem muß solches hierbey einfallen; denn dort können wohl die drey Brüder dem väterlichen Testamente keine größere Gewalt anthun, um dessen Sinne anzupassen, daß es ihnen erlaubt sey, Achselbänder und goldene Franzen zu tragen, als hier Ludolf dem Concluso Gewalt anthut, um es nach seinem Sinne zu modeln.

Es heißt im Grunde wirklich, das Conclusum Pleni lächerlich machen, wenn man vermuthen will, daß sich dasselbe auf usuras imaginarias beziehe. Imaginarische Summen könn-

konnten ja ohnehin nicht in computum kommen; und es ist für die damaligen Mitglieder des Pleni Beschimpfung, wenn man von ihnen behauptet, daß sie über eine so abgeschmackte, die Domitianische quoad absurditatem weit hinter sich lassende, Frage deliberirt und endlich das weise Conclusum gemacht haben sollten: „daß *summae imaginariae* nicht mit in die *summam adpellabilem* einzurechnen wären.

Nicht besser ist die weitere Vermuthung, daß jenes Conclusum nur auf *usuras in prima instantia non petitas* gehe, weil es sich abermal von selbst verstehet, daß etwas, worüber in erster Instanz kein Proceß gewesen, per adpellationem an kein Obergericht kommen kann. Auch darüber, ob dieses thunlich sey, zu deliberiren, würde eine nicht geringere Thorheit gewesen seyn.

Daß endlich das conclusum die Absicht nicht gehabt haben könne, usuras et pensiones immensas von der Adpellation auszuschließen, ist ein wahres, in die Sinne fallendes sophisma, indem sich solche usurae um deswillen nicht in immensum denken lassen, weil sie nur jährlich 16 Rthl. ausmachen dürfen, um adpellabel zu seyn, und das, was unter 16 Rthl. jährl. ist, nicht ein immensum genennt zu werden verdient.

§. 25.

Darauf, daß nicht die summa ordinationis, sondern privilegii, das Objectum der damaligen Deliberation in pleno gewesen seyn soll, ist oben schon §. 5. geantwortet worden.

Hier gestehet nun Ludolf, daß davon in dem protocollo pleni nichts aufgezeichnet seye, sondern er sagt, daß ein alter, bey der Deliberation gegenwärtig gewesener Assessor die rationes conclusi, von denen nichts im Protocoll stehe, privatim aufgezeichnet, und der Vergessenheit entrissen habe.

Man braucht hierbey nicht zu erörtern: ob die privat Randglossen eines Kammergerichts-Beysitzers dasjenige suppliren können, was in protocollis, die allein fidem publicam haben, fehlet? sondern man darf nur fragen: wer war der alte Assessor? und wo sind seine annotationes?

Ludolf ist hier testis de auditu, über Dinge, von denen er selbst äußert, daß sie im Protocoll nicht stehen; er wäre also schuldig gewesen zu sagen, von wem et quibus verbis formalibus er seine Nachricht habe, wenn das Zeugniß glaubhaft seyn sollte.

§. 26.

Wie sich dermal auf dasjenige, was B. de Ludolf von dem alten Assessor gelernt haben

ben will, berufen wollte, wäre gar nur ein teſtis de auditu auditus von einem Manne, deſſen Exiſtenz und Name unbekannt iſt. Zwar hat der verſtorbene ältere Herr Aſſeſſor v. Bürgel mehrmal geäußert, daß Ludolf, den er noch gekannt hatte, gegen ihn geſagt habe, daß jener alte Aſſeſſor der v. Frieſenhauſen geweſen ſeye. Allein, wenn auch dieſes wäre, ſo bleibt es doch immer eine vage, einer Stadtneuigkeit faſt ähnlich ſehende Dicenterie, dergeſtalt, daß der ſeel. Herr v. Ludolf Bedenken getragen haben ſollte, dergleichen in einem Buche abdrucken zu laſſen, welches er ſelbſt eine *Commentationem ſyſtematicam* nennt, indem in ſolchen Argumenten wohl niemand etwas ſyſtematiſches finden wird.

§. 27.

Geſetzt auch, es wäre wirklich Anno 1670 nur über die ſummas privilegiorum, in welchen das Wort Hauptſtuhl ſtehet, deliberiret worden; ſo muß ſich doch ſolches (wie ſchon oben bemerkt worden iſt) per neceſſariam conſequentiam auch auf die ſummam der Ordination, in der nicht weniger Hauptſtuhl ſtehet, erſtrecken, indem kein Unterſchied einzuſehen iſt, warum dies Wort in einem privilegio mehr Kraft haben ſolle, als in der Ordnung.

§. 28.

Daß endlich dem Uffenbach völliger Glauben beyzumessen, indem sein Werk sogar selbst vom Reichshofrath revidiret und approbiret worden ist, ist gleichfalls eben schon vorgekommen.

Auch v. Cramer, der selbst Reichshofrath gewesen ist, bezeugt ein gleiches. Das *valde durum est, contradictorium jus in judiciis Germaniae supremis statuere*, welches dem Herrn v. Ludolf zum Grunde dient, warum er dem Uffenbach keinen Glauben beymessen will, fällt hier dem Kammergericht und nicht dem Reichshofrath zur Last. Wenn der Richter bey dem Gesetze bleibt, so ist dessen durities nicht seine Sache, und benignitas imaginaria ist nicht selten eine weit größere Härte, als die, welche vermieden werden soll. Die Richter sind Ministri der Gesetze, und thun ihrer Bestimmung ein Genüge, wenn sie solchen durchaus nachgehen, ohne sich um die Folgen, die zur Sorge des Gesetzgebers gehören, zu bekümmern.

§. 29.

Der Freyherr v. Cramer äußert inzwischen in system. proc. imper. §. 1415 über vorliegende Frage die wahre Meynung, welche angezogene Stelle ich schließlich noch hieher setzen will:

„Quia in Rec. Imp. noviss. vocabulum

Kapital

Kapital reperitur, dubium quidem in Camera, an hoc sortem tantum, an vero usuras simul denotet? motum, concluso autem de 28 Jun. 1670 decisum, quod sortem tantum denotet, atque adeo in determinatione summae adpellabilis in Camera sola sors, absque cumulatione usurarum attenditur, quidquid ex regestis cujusdam Assessoris referat B. de Ludolf."

„Non tamen omne Judicis arbitrium hic videtur exclusum, uti idem bene monet, velut si solae usurae objectum litis constituant, et ad quantitatem summae adpellabilis accedant."

Auch vertheidigt Cramer den Uffenbach in Ansehung der Reichshofraths Praxis gegen den v. Ludolf:

„Ast judicium imp. aulicum (sagt er) nunquam usuras in sortem computare, testatur Uffenbach. Equidem ejus testimonium B. de Ludolf in dubium vocat, mihi vero constat, ex ea ratione in caussa Probst Klerholz contra Bensdorfische Erben den 2ten Sept. 1743 processus appellationis denegatos fuisse."

§. 30.

Nach allem bisher Angeführten wird nun die thesis: daß usurae, fructus, accessiones

überhaupt, ad computandam summam adpellabilem nicht mitgerechnet werden dürfen, genugsam unterstützt seyn. Durch ein neueres bey dem K. K. G. vorgekommenes praejudicium will ich solche noch mehr bestärken. Es lag nemlich diese Frage und die in der vorhergehenden Nummer abgehandelte: Ob bey Gerechtigkeiten und Dienstbarkeiten auf eine Adpellationssumme zu sehen sey? in Sachen der Gemeinde Marxseyn wider den Pfarrer zu Rückerrodt zu erörtern vor, wobey die in Ansehung der beyden hier vorgekommenen Fragen geäußerte Grundsätze per unanimia Senatus angenommen worden sind. Ich lasse das in der erwähnten Sache ergangene Urtheil hier beydrucken:

Sententia publ. 9. May 1788.

In angemaßter Adpellationssache der Gemeinde Marxseyn wider Johann Wilhelm Cäsar Pastorem zu Rückerrodt: Ist hiermit zu Recht erkannt, daß diese Sache durch vorgenommene Adpellation an dieses Kayserl. Kammergericht nicht erwachsen, sondern an Richter voriger Instanz zu remittiren und weisen sey. Als wir hiermit remittiren und weisen, Adpellanten, die derentwegen an diesem kayserl. Kammergerichte aufgeloffenen Gerichtskosten dem Adpellaten nach rechtlicher Ermäßigung zu entrichten und zu bezahlen, fällig ertheilen.

Drit-

Dritter Rechtsfall,

über die Materie der Pfandungsconstitution.

Inhalt.

§. 1 — 3. Die Materie über die Pfandungsconstitution muß selbst dem Kameralen fremd seyn, da die Klagen hierauf äußerst selten sind. Der Freyh. v. Cramer hat die Parteyen und Anwälte hierin abgeschreckt. Sie haben seine Sätze für die Meynung des Collegii cameralis angesehen, und sich solches gesagt seyn lassen. Inzwischen ist es gar nicht gut, daß man von diesem Wege fast ganz abgekommen ist. Durch dies ist der Mandatsproceß zerschnitten worden.

§. 4 — 13. Geschichte der Gesetzgebung der Pfandungsconstitution.

§. 14. Grundsätze der Kameralschriftsteller hierüber.

§. 15 — 20. Der Freyh. v. Cramer hat mit seinen Behauptungen Unrecht. Es ist keineswegs so schwer, als er äußert, eine Sache auf die Klage

der

der Pfandungsconstitution zu qualificiren, und über dies bringt sie sehr große Vortheile.

§. 21 — 33. Erzählung eines ganz neuern Falls, worin auf die Pfandungsconstitution geklagt ward.

§. 32 — 52. Beurtheilung des vorliegenden Falls, und Anwendung der demselben vorausgesetzten Grundsätze; wobey auch die Frage vorkömmt, ob bey einem Mandat auf die Pfandungsconstitution auch ein Mandatum de non turbando in possessione mit erkannt werden könne.

§. 1.

Die Fälle, daß auf die Pfandungsconstitution angerufen wird, sind in neuern Zeiten sehr selten. Vielleicht existirt hievon in vielen Jahren kein Beyspiel. Zwar weiß ich, daß in Sachen Kurmainz wider Kurpfalz und Hessendarmstadt im J. 1780 ein Mandatum auf die Pfandungsconstitution erkannt worden ist. Das petitum war aber hierauf nicht gestellt. Da man jedoch fand, daß sich die Sache zu dem begehrten Mandato S. C. auf die vier Fälle nicht qualificire, wohl aber ad Mandatum auf die Pfandungsconstitution geeigenschaftet sey; so ward solches statt des gebetenen erkannt. Auch dies ist in den neuern Zeiten ein sehr seltener Fall; und daß auf die Pfandungsconstitution förmlich geklagt worden, mag wohl in 10 bis 15 Jahren der Fall gar nicht

nicht gewesen seyn. Inzwischen ist dieses im J. 1788 in der weiter unten zu erzählenden Sache geschehen; das auf die Pfandungsconstitution begehrte Mandat auch erkannt worden.

§. 2.

Diese Materie muß selbst dem Kameralen, da sie sehr selten vorkömmt, beynahe fremd seyn. Der Freyh. v. Cramer hat wohl in neuern Zeiten die Parteyen und Anwälte abgeschreckt, von der Pfandungsconstitution Gebrauch zu machen, indem er die Schwierigkeiten, eine Sache dazu nach allen Erfordernissen zu qualificiren, in seinen Observationen T. 1. obs. 62 und 84, auch in system. proc. imp. §. 903. außerordentlich schildert, und den Anwälten anräth, lieber auf die vier Fälle anzurufen. Er führt sogar an, daß dieses durch ein Loquatur, oder einen Vorbescheid mehrmal aufgegeben worden sey. Die Procuratoren, welche diese Behauptungen für die Meynung des Collegiums gehalten haben mögen, ließen sich dieses gesagt seyn, und sind dadurch so fremd mit der Materie geworden, daß sie jetzt wohl wirklich die Mühe scheuen mögen, eine Sache dahin zu qualificiren.

§. 3.

Allein noch sind die Gesetze nicht abgeschafft, welche einen Gepfändeten berechtigen, auf die Pfandungsconstitution anzurufen; mithin ist auch schon deswegen kein Zweifel, daß darauf reflectirt werden müsse. Selbst aber auch kann man mit Grunde behaupten, daß es gar nicht einmal gut sey, daß man so sehr davon abgekommen ist. Es werden hiedurch eine Menge Sachen in den gewöhnlichen Mandatsproceß hineingemengt, die eigentlich (nach dessen erster Bestimmung) z. B. simplices turbationes, spolia simplicia, dahin nicht, sondern, wenn sie sich nicht auf die Constitutionen qualificiren, ad Austraegas gehörten; wodurch auch der Mandatsproceß, wie schon gesagt, gegen seine erste Bestimmung, nach welcher er nur ad compescendam viam facti gehen soll, mithin sich nur mit dem Possessorio summariissimo beschäftigen sollte, so ausgeartet ist, daß nicht nur gemeiniglich das ordinarium, sondern selbst eben nicht selten sogar das Petitorium darin verhandelt, und Beydes der ersten Instanz entzogen wird.

§. 4.

Die Gewohnheit, sich selbst Recht zu schaffen, und sich mittelst Pfandungen, und durch andere oft gewaltsame Wege, in einem ver-

vermeintlichen Besitze zu schützen, oder dadurch einen andern des Besitzes, den man sich nachtheilig hielt, zu entsetzen, war so eingewurzelt, daß sie durch den Landfrieden, der die Errichtung des Kammergerichts veranlaßte, so schwer abgestellt werden konnte, daß vielmehr durch besondere Constitutionen gleichsam nachgelaufen werden mußte.

§. 5.

Simplex spolium & turbatio, welche eben nicht mit gewaltsamer gefährlicher That verknüpft waren, gehörten ursprünglich eigentlich nicht zur Gerichtsbarkeit des Kammergerichts, sondern, wenn sich die Personen dazu qualificirten, zu den in O. C. P. 2. t. 8 verordneten Austrägen: oder wenn dieses der Fall nicht war; so konnten doch die Mandata darauf nur cum clausula justificatoria erkannt werden.

§. 6.

Pfandungen hielt man für dergleichen Turbationen; und doch, wenn sie gleich ohne eine dem Landfriedensbruche gleiche Gewalt geschahen, konnten sie unter den mit der nöthigen Macht versehenen Unmittelbaren des Reichs leicht dazu Anlaß geben, oder waren doch, wenn dritte Unschuldige gepfändet wurden, an sich mit vieler Härte verbunden.

§. 7.

§. 7.

Dieses gab den Anlaß zu der Pfandungsconstitution, welche die Pfandungen unter Unmittelbaren unter gewissen Bestimmungen, ohne Rücksicht, ob eben gerade mehr als eine simplex turbatio vorhanden wäre, zu Erhaltung Ruhe und Friedens im Reiche, samt dem Possessorio ordinario, des Kammergerichts Entscheidung dergestalt überließ, daß auf das Factum der Pfandung selbst ein Mandatum S. C. zu Ausführung des Possessorii ordinarii aber eine Ladung an den Pignorantem ad deducendum causales erlassen, und dieser, mit Entziehung der sonst in solchem Falle Statt habenden ersten Instanz, dafür, daß er sich gegen die gemeinen Rechte selbst Recht sprechen wollen, gestraft werden sollte; woraus dann der doppelte Proceß, nämlich Mandati und Causalium, enstand, welche zwar pari passu verhandelt, doch die Restitution der Pfänder durch letztern nicht aufgehalten werden sollte.

§. 8.

Die Pfandungsconstitution wurde zuerst im Jahr 1544 errichtet, kam erst in die K. G. O. von 1548, und dann in die von 1555, wo sie in dem 2ten Theil, Tit. 22. enthalten ist. Verschiedene Stände waren aber dennoch so wenig damit zufrieden, daß unter andern Kurpfalz und Würtenberg in den Jahren 1556 und

1557 ihre gegen die neue K. G. Ordnung dem Reiche übergebenen Beschwerden namentlich auch in einem besondern Abschnitte gegen die Pfandungsconstitution gerichtet hatten. Das Kammergericht, dem diese Beschwerden mitgetheilt worden waren, beantwortete dieselben. Sie stehen in Harpprechts Staatsarchiv P. 6. n. 161. p. 489; die Beantwortung aber ibid. n. 162. p. 525, eben so bey Ludolf in adpend. 1. Comment. system de jure cam. und Moser im Tractat von der deutschen Justizverfassung Th. 1. L. 2. C. 15. §. 8. hat einen Auszug davon geliefert.

§. 9.

Die Beschwerden der Stände giengen hauptsächlich dahin: Es kämen der Händel dadurch so viele ans Gericht, daß sie den andern zu viel Zeit wegnehmen: wenn hingegen die Constitution abgeschaft würde; so würde wohl die Hälfte der Processe wegfallen.

Da der Fälle so viele im Reiche vorkämen, so würden die verständigen Alten, wenn sie es für nöthig geachtet hätten, wohl auch daran gedacht haben.

Sie wären überflüssig, da bereits in Rechten die Interdicta uti possidetis und unde vi, die Spolienklagen, und jene auf den Landfrieden verordnet wären.

Hierauf könnte nicht absque clausula justificatoria erkannt werden, die aber bey der Klage auf die Constitution nicht angehängt, dadurch also dem Beklagten auf mehrere Jahre die Vertheidigung abgeschnitten würde.

Es werde nur die Hauptsache an die ordentliche Instanz verwiesen, da doch dieser, als dem Principali, auch die Erörterung des Facti folgen sollte.

Der Proceß über dieses daure oft mit vielen Kosten so lange, daß der über die Hauptsache nicht länger gedauert haben würde, und am Ende käme nichts heraus, als Restitutio pignorum, indessen die Zeugen stürben, deren man sich in der Hauptsache würde haben bedienen können.

Gegen alle Regel müsse der Beklagte den Beweis führen. Es könnte dadurch einer sich in ein nie gehabtes Recht eindringen, er dürfte nur etwas Unbefugtes anfangen, um sich pfänden zu lassen, und dann ein Mandat auf die Constitution suchen, so bliebe er in einem unrechtmäßigen Besitze.

Wenn demnach auch die Constitution nicht ganz abgeschaft werden sollte; so sey doch billig, daß solche

1) auf die vier Fälle, und die Facta, welche zwar kein Landfriedensbruch wären, aber doch weitere Empörungen befürchten ließen, restringirt werden sollte. Es müßte

2) genau bestimmt werden, wann sie Statt haben solle, so wie

3) die Form des Processes gleichmäßig genau zu bestimmen wäre.

4) Sollten die Mandata erst C. C., und auf eingelangten Bericht des Beklagten allenfalls erst S. C. erkannt werden.

5) Sollte man dem Beklagten frey stellen, sein Recht auszuführen, und facta paritione ihm die Pfandung wieder zustellen, oder den Verstrickten anweisen, sein Recht zu dociren. Endlich sollten

6) facta paritione beyden Theilen, um ihre Sache coram competente auszuführen, Termine angesetzt, dem Impetranten aber, daselbst den Kläger zu machen, aufgegeben werden.

§. 10.

Das Kammergericht antwortete hierauf:

Was die Constitution verordne, sey an sich nichts Neues, sondern dem gemeinen Rechte, welches sich selbsten Recht zu schaffen verbiete, gemäß.

Die Absicht sey, besonders die Schwächern vor Gewalt zu schützen, und den Frieden zwischen den Ständen zu erhalten. Gemeiniglich würden die unschuldigen Unterthanen gepfändet; durch Gegenpfändungen komme es zu gefährlichen Friedensstöhrungen, über die her-

nach viele Jahre gehandelt, und darüber die Hauptsache vergessen würde.

Durch die Constitution werde dem Bedrängten geholfen, und doch dem Andern an seinem Rechte nichts benommen.

Sie gehe nicht auf rechtmäßige Pfandungen, vielmehr würden, wenn dieses erwiesen wäre, die Pfänder, die indessen sub executione restituirt worden, zurückgegeben.

Die Processe dieser Art machten nicht den zwanzigsten Theil der am Gerichte anhängigen aus.

Die Interdicta giengen auf die Hauptsache; ohne die Constitution würden die Pfänder bleiben müssen, bis jene entschieden wären; die Pfandungen geschähen auch selten mit solcher Gewalt, daß auf den Landfrieden geklagt werden könnte.

Die Conclusa justificatoria wäre unnöthig, da die Restitution salvo jure und sub cautione geschähe.

Berichte in eigenen Sachen würden verdächtig seyn; ohnehin hätten Exceptiones sub- et obreptionis statt.

Das Petitorium würde ad competentem verwiesen; Mandata de non offendendo würden aber zuweilen mit erkannt, um mehrere Thätigkeiten zu verhüten, nicht aber dem Andern ein Recht zu nehmen.

Wenn sich die Partenen nicht selbsten aufhielten, könne der Proceß bald ausgehen.

Der Gepfändete habe das gemeine Recht für sich; es wäre daher nicht unbillig, daß der Pfänder klagen müsse.

Bliebe es allein bey der Zurückgabe der Pfänder; so würden neue Pfandungen erfolgen, der Schwächere unterdrückt, oder doch zum Klagen genöthigt werden, und dadurch die partes favorabiliores rei verlieren.

Der Beweis werde dem Beklagten nicht sub poena mandati, sondern perpetui silentii auferlegt.

§. 11.

Diese Antwort des Kammergerichts bewirkte so viel, daß es zwar bey der Constitution verblieb, diese aber doch in dem R. A. v. 1566. §. 120. V. A. v. 1568. §. 6. Concl. Pleni v. 1576. R. A. v. 1594. §. 71. Dep. Absch. v. 1600. §. 36 nähere Bestimmungen erhielt, welche alle ins C. O. C. P. 2. t. 23. eingerückt worden sind. Ich will das Hauptsächlichste daraus ausziehen.

§. 12.

In prooemio ist die eigentliche alte Constitution aus der O. C, enthalten, nach welcher, zu Verhütung thätlicher Handlungen, Empörungen und Aufruhrs im Reiche, derjenige,

welcher dem Reiche ohne Mittel unterworfen, der, oder dessen Angehörige von einem andern ebenfalls dem Reiche ohne Mittel Unterworfenen, oder dessen Angehörigen gepfändet oder gefangen würde, um was Sachen es geschähe, Malefitzsachen allein ausgenommen, gegen diesen am K. Gerichte anrufen könne, dieses aber dem Thäter bey namhafter Strafe und sine clausula gebieten solle, ohne Einrede und Entgeltung die Pfänder, oder, wo diese verkommen, oder der Gepfändete solche eingelöst, den Werth zu erlegen, auch die Gefangenen auf gewöhnliche Urphede, und auf Wiederstellen, wenn es mit Recht erkannt würde, ledig zu lassen, mit angehängter Ladung ad docendum de paritione, und dann weiters seine Gerechtigkeit in Rechten vorzubringen.

§. 1. Wird die schleunigste Beförderung verordnet.

§. 2. Soll dem Gepfändeten, wenn die Klage ungegründet befunden würde, geboten werden, die Pfänder dem Thäter wieder zuzustellen.

§. 3. Wird res tertia, die nicht im Streite befangen, zur Pfandung erfordert, mit der Bestimmung jedoch, daß bey streitigen Jagen, Weiden, Beholzigungsrechte, Garn, Hund, Vieh, Wagen, Pferde und dergleichen pro re tertia gehalten werden sollen. Nach

§. 4.

§. 4. Soll vom Imploranten specifice angezeigt werden, was ihm der Pfänder für Gerechtigkeit durch die vorgenommene Pfandung habe nehmen wollen. Nach

§. 12. Soll auch alsdann ein Mandat erkannt werden, wenn ein Diener genöthigt worden, das Versprechen zu thun, sich der Gerechtigkeit seines Herrn nicht zu gebrauchen. Und nach

§. 19. Soll es, wenn gleich nichts abgenommen, aber doch an den Dingen Schaden verübt worden, als eine Pfandung angesehen werden.

§. 13.

In dem J. R. A. §. 79 wird die Pfandungsconstitution neuerdings bestätigt. In dem §. 138 werden die Beschwerden der Stände über einigen angeblichen Mißbrauch der Constitution, nebst dem darüber eingeholten Gutachten der Kameralen, auf den nächsten Reichstag verwiesen; im §. 139 aber verordnet: daß zu Abkürzung der Sachen zwar der Processus mandati et causalium pari passu verhandelt werden, jedoch jener durch diesen nicht aufgehalten, sondern, wenn er genugsam vorbereitet, vor allen Dingen entschieden werden solle.

Bey diesen bisher angeführten gesetzlichen Verordnungen ist es nun geblieben, und in kei-

nem neuern Reichsgesetze weiter etwas dieserwegen verordnet worden.

§. 14.

Die Sätze, welche nun Gail, der Hauptauthor in dieser Materie, in tract. singul. de pignorationibus aus jenen Verfügungen ziehe, muß ich im Hauptsächlichsten, und besonders jene, die auf den weiter unter vorkommenden Fall anschlagen werden, anführen.

Cap. 1 n. 2. erwähnt er des Requisiti: quod utrique, actor et reus, debeant esse immediati, und setzt die Ursache bey, quia de his tantum, ut nocere pacemque publicam turbare possint, praesumatur. N. 3. erfordert er von Seiten des Implorantten wenigstens Possessionem juris, quod in illo loco, ubi fit pignoratio, praetenditur. N. 7. setzt er den Unterschied der Pfandung und des Spolii darin, daß jene ad interdicta retinendae, dieses ad interdicta recuperandae gehörige, dieses nicht in rebus mobilibus geschehe, sondern alsdann ein furtum sey. Es gehöre auch (sagt er N. 10.) der Processus mandati in Pfandungssachen ad res personasue pignoratas, der Processus causalium aber ad Interdictum ret. possessionis, indem dieses nicht quoad res mobiles nisi per consequentiam zustehe. Cap. 3. n. 1 und 3. führt er aus, daß jede Pignoratio

tio im Verstande der Constitution eine Turbatio possessionis sey, mithin daben nur das Interd. ret. poss. Platz habe; daher dieses Possessorium nicht das momentaneum, sondern ordinarium sey. Wie nun aber (sagt er N. 4.) zwar jede Pignoratio eine Turbatio, aber nicht umgekehrt jede Turbatio eine Pignoratio sey; so müsse darauf, und auf die gesetzlichen Erfodernisse zur Pfandung genau geachtet werden. Er bestimmt daher in den folgenden Numeris die Requisita dahin:

1) daß beyde Theile immediat seyen;

2) daß Implorant im Besitze des Orts, oder doch eines Rechts an demselben sey, wo die Pfandung geschehen; daß es demnach hinreichend, wenn einer in alieno territorio z. B. ein Weiderecht habe, und daselbst gepfändet werde;

3) daß sich der Thäter ein neues Recht habe acquiriren wollen;

4) daß res tertia innocens gepfändet sey;

5) daß es ex causa civili, non criminali geschehen.

Auf alle diese Requisita (sagt er n. 10.) müsse sorgfältig Rücksicht genommen werden: „ne Constitutioni fraus fiat, et beneficio primarum instantiarum, quod Statibus et Nobilibus Imperii ex ordinationis praecepto debetur, inique derogatur. Prae-

textu enim hujus Constitutionis omnes turbationes possessionum super interdicto retinendae in prima instantia in fraudem austraegarum ad Cameram callide et astute trahuntur potius, quam devolvuntur."

Die eigentliche Action, welche der Implorant anstelle, nennt er *utile interdictum retinendae possessionis ex constitutione Imperii de pignorationibus.*

Cap. 4. führt er aus, daß die Pfandung an Sachen sowohl, als Personen geschehen könne.

Cap. 5. erfodert er, wenn die Pfandung durch einen andern geschehen, die Ratihabition; indem sonst ein Vorbescheid vorangehen müsse.

Cap. 9. sagt er, daß, licet quis non auferat sed tantum includat res pignoratas, dieses schon genug sey. Ferner

Cap. 10. daß es eben nicht nothwendig sey, daß die Pfandung auf dem streitigen Orte vor sich gegangen sey, und

Cap. 13. daß die Reistitution der Pfänder unentgeltlich geschehen müsse.

§. 15.

Mit diesen Grundsätzen kommen die übrigen Kameralschriftsteller, die man nur nachschlagen mag, überein; indem sie auch den angeführten Gail nur ausgeschrieben haben.

Man

Man wird nun aus allem bisher Vorgekommenen nicht entnehmen können, daß es so schwer seyn sollte, eine Sache auf die Pfandungsconstitution zu qualificiren, welches gleichwohl, wie oben schon vorgekommen ist, der Freyh. v. Cramer behauptet, und dadurch auch die Anwälte von diesem Wege abgeschreckt hat.

§. 16.

Vielmehr werden viele Turbationes possessionis simplices, auf die, wenn sie nicht mit Factis violentis verbunden sind, eigentlich keine Mandata S. C. ihrer ersten Bestimmung nach erkannt werden sollen, sondern die alsdann (gleichwie dies auch bey dem Falle eines Spolii simplicis eigentlich geschehen sollte) vor die Austrägen gehören, weit ehender auf die Constitution von Pfandungen passen. Diese gewährt also den Vortheil, daß dadurch die erste Instanz umgangen wird, und sogleich auch nach dem Sinne der Gesetze die kammergerichtliche Gerichtsbarkeit statt findet.

§. 17.

Ein fernerer bey der Klage auf die Pfandungsconstitution sich ergebender Vortheil ist auch dieser, daß in diesem Processe die Verhandlung des Possessorii momentanei von der des ordinarii sorgfältig unterschieden bleibt,

daß

daß jenes vor allen Dingen schleunig dergestalt entschieden wird, so daß der Pignoratus vor geleisteter Parition sich auf die Causales einzulassen nicht schuldig ist.

§. 18.

Die Klage auf die Constitution ist zugleich eine Art von Provocation, die mit der ex L. diffam. Aehnlichkeit hat. Sie setzt in der Hauptsache den Imploranten in die günstigere Lage des Rei, macht den Pfänder darin zum Actor, und legt diesem die Last des Beweises auf (vid. Ludolf Comment. syst. S. 1, §. 8, n. 8.)

§. 19.

Wenn auch beyde Processe, Mandati et Causalium, mithin beyde Possessoria, an einem Reichsgerichte erledigt sind; so bleibt doch noch das Petitorium übrig, welches an die Austrägen verwiesen werden muß.

§. 20.

Diese Vortheile verlohnen sich doch wohl der Mühe, eine Sache auf die Constitution zu qualificiren, da es auf der andern Seite wohl eben so viel, wo nicht mehr Mühe kostet, eine Turbation zu einem Mandato S. C. zu eigenschaften, nach welchem am Ende meistens Momentaneum et Ordinarium, wo nicht gar

Peti-

Petitorium zugleich entschieden, durch die Verhandlungen aber die Acten in eine dem Mandatsprocesse nicht angemessene, dem Referenten aber äußerst beschwerliche Weitläuftigkeit ausarten, und der Proceß offenbar verwirrt wird.

§. 21.

Dies alles vorausgesetzt, will ich nun den Fall, welcher der vorstehenden Ausführung zur Veranlassung diente, kürzlich erzählen, und hiernach die vorausgeschickten Grundsätze auf denselben anwenden.

Geschichtserzählung und Klagschrift auf die Pfandungsconstitution.

§. 22.

In Sachen des Würtenbergischen Regierungspräsidenten Freyh. v. Gemmingen, als Vormunds der unmündigen v. Gemmingen auf Burg, wider den Geheimenrath Freyh. v. Dalberg zu Mainz, als Pfandsinhaber von Steinward den 2. Febr. 1788 um ein Mandatum auf die Pfandungsconstitution de restituendo, nec amplius turbando in possessione vel quasi juris pascendi oves in districtibus nominatis, neque via facti, sed juris procedendo, desuperque idonee cavendo S. C. adnexa citatione solita ad docen-

cendum paritionem et respective proponendum causales, nachgesucht.

§. 23.

Der Inhalt der übergebenen Supplik war kürzlich folgender:

Die implorantischen Pupillen hätten von unvordenklichen Jahren her auf dem Höselenshofe bey Burg eine Schäferey gehabt, von wo aus mit derselben die Markung des benachbarten von Imploraten pfandweise besessenen Mainzischen Dorfs Stein betrieben worden sey, ohne daß solches jemals so wenig widersprochen, als gehindert worden wäre; worüber die Zeugenaussagen beygelegt wurden.

§. 24.

Zum erstenmal hätte es der Dalbergische Beamte zu Stein gewagt, mittels eines Schreibens vom 24. Jul. 1786 dagegen zu protestiren, und unter Drohungen die Sistirung des Weidgangs zu gesinnen.

Der implorantische Beamte hingegen hätte sich in dem Antwortschreiben vom 7. Aug. des erwähnten Jahrs auf den Besitzstand berufen, und gegen alle Beeinträchtigungen protestirt.

§. 25.

§. 25.

Wie nun imploratischer Seits der selbst in contradictorio fortgesetzte Besitz nicht zu mißkennen gewesen; so hätte gedachter Theil den Richter in seiner eigenen Sache machen wollen, und in diesen Gesinnungen unterm 19. Aug. ged. J. ein Schreiben an den Beamten zu Burg erlassen.

Dieser hätte sich durch die Drohungen nicht abschrecken lassen, und wäre eben im Begriffe gewesen, dem Dalbergischen zu antworten, als letzterer in einem weitern Schreiben vom 16. Oct. bes. J. die Sistirung eines implorantischen Schäfers, um denselben wegen Hütens auf Steiner Markung zu strafen, verlangt hätte.

§. 26.

Da man sich nun diesem unstatthaften Begehren, wie natürlich, nicht habe fügen können; so hätte vielmehr der Burgische Beamte, auf erhaltene Instruction, in einem unterm 6. Nov. bes. J. erlassenen Antwortschreiben, ohne sich unnöthigerweise auf das, des Tituli possessionis wegen, jenseits Angeführte einzulassen, bloß zu zeigen gesucht, wie gesetz- und reichsverfassungswidrig es sey, einen so wohl gegründeten Besitz zu mißkennen, und aus bloß petitorischen Scheingründen factisch zu handeln.

Man

Man habe gehofft, der Gegentheil werde sich dabey beruhigen, und habe den Weidgang fortgesetzt.;

§. 27.

Mittels eines Schreibens vom 24. Jul. 1787 aber wäre abermals die Sistirung des Schäfers, mit der Drohung, gegen denselben in contumaciam vorzugehen, verlangt worden.

Implorantisches Amt hätte dagegen sogleich durch zwey unterm 24. Jul. und 13. Sept. des. J. erlassene Schreiben protestirt, und man sey implorantischer Seits eben im Begriffe gewesen, richterliche Hilfe zu suchen, als am 21 des letzterwähnten Monats der jenseitige Beamte von den auf Steinischer Markung eben weidenden diesseitigen Schafen 8 Stücke gewaltsamerweise habe pfänden lassen.

§. 28.

Von Vormundschafts wegen hätte man sich hierauf mittels Schreibens unterm 9. Oct. und, als hierauf keine Antwort erfolgt sey, wiederholt unterm 22. Dec. 1787 an den H. v. Dalberg selbst gewandt, und, mit Uebergehung der auch in petitorio für sich habenden Gründe, sich bloß auf den Besitz bezogen, dem der jenseitige Beamte nichts, als eine

1739

1739 geschehene Pfandung entgegen zu setzen gewußt hätte.

Allein außer dem, daß der nachher bis jetzt fortgesetzte ruhige Besitz selbst einer petitorischen Klage entgegen stehen würde, so sey auch jene Pfandung von der gegenseitigen Herrschaft, Ausweis ihrer eigenen Schreiben, als widerrechtlich erkannt, und diesfalls Genugthuung geleistet worden.

§. 29.

Endlich sey die vom 5. Jan. 1788 datirte Antwort des beklagten Theils eingetroffen, und darin aus einseitigen petitorischen Gründen behauptet worden, daß das Steinische Lagerbuch alle fremden Schafe ausschließe; daher die begehrte Genugthuung verweigert, und die unmündigen Imploranten, durch Berufung auf Kurmainzische Unterstützung und den Kostenaufwand, von Behauptung ihrer Rechte hätten abgeschreckt werden wollen. Es bleibe demnach nichts übrig, als bey diesem höchsten Reichsgerichte Zuflucht zu suchen.

§. 30.

Aus dem bisher angeführten ergäbe sich nun

1) der diesseitige Besitzstand,

2) die jenseitige Stöhrung, ausgeübte Gewaltthat, und widerrechtliche Pfandung.

Ad 1) Den Besitz bezeugten 4 ausländische, und 6 ihrer Pflichten entlassene Gemmingische Unterthanen, die meistens auf 30-40 Jahre zurück denken konnten, vor Notarius und Zeugen eydlich.

Ad 2) Die gewaltsame Turbation, welche, wenn nicht der übermannte Schafknecht vernünftigerweise nachgegeben hätte, zu noch größern Thätlichkeiten hätte Anlaß geben können, so wie die Gesetzwidrige Pfandung aus den beygelegten eigenen Schreiben des jenseitigen Beamten und aus dem Gerichtsprotocoll erhelle.

§. 31.

Wie nun aber dergleichen Handlungen in den Reichsgesetzen scharf verboten und verpönt, den Beleidigten aber Schutz im Besitze und Handhabung in ihren Gerechtsamen darin zugesichert sey; so hoffe implorantischer Theil dieses um so mehr zu erhalten, als

3) Die Pfandung ex causa mere civili, in der Absicht, um das implorantische Gut von einer längst befestigten Dienstbarkeit eigenmächtig frey zu machen, mithin novi juris quaerendi causa unternommen worden; endlich aber

4) an einer re tertia & innocenti geschehen, mithin das Factum in allem Betrachte so beschaffen sey, daß es nach den Reichsgesetzen

gesetzen, insonderheit der Pfandungsconstitution zu einem Mandat auf diese sich nur so mehr qualificiren, als

5) Die Gerichtsbarkeit dieses höchsten Reichsgerichts durch die kundbare Unmittelbarkeit beyder Theile begründet sey.

§. 32.

Es ward demnach das oben schon angeführte Mandatum auf die Pfandungsconstitution una cum Mandato de non amplius turbando in possessione & neque via facti, sed juris procedendo, desuperque idonee cavendo S. C. gebeten.

Beurtheilung des vorliegenden Falls, und Anwendung der demselben vorausgesetzten Grundsätze.

§. 33.

In Ansehung der Unmittelbarkeit beyder Theile waltet nun an sich ein Zweifel ob.

Allein der Ort Stein, auf dessen Markung die Pfandung geschehen, und in Ansehung dessen imploratischer Theil dem implorantischen das Weidrecht verwehren will, ist, wie gleich Anfangs in der Supplik selbst gesagt ward, eine Pfandschaft von Mainz.

§. 34.

Der Implorat sagt in einem an den Imploranten erlassenen Schreiben, daß ihm in dem Pfandbriefe die Aufrechthaltung der Kurfürstlichen Gerechtsame eingebunden sey, nennt die Schäferey, welche er mit Ausschlusse der implorantischen Schäfer prätendirt, die Kurfürstliche Schäferey, und äussert, daß er solches Kurmainz zur rechtlichen nöthigen Vertheidigung anzeigen werde.

§. 35.

Nun entstand die Frage: ob nicht der v. Dalberg bloß als naturalis possessor, der Hr. Kurfürst aber als der eigentliche civilis possessor anzusehn, mithin dieser eigentlich zu belangen sey, also auch, ob er das Factum genehmige, vorher hätte dargethan werden müssen?

Ferner konnte der Zweifel obwalten, ob nicht Kurmainz sich die Ausübung der Landeshoheit über den Ort Stein vorbehalten, mithin der Beamte, der gepfändet hatte, wenn der v. Dalberg gegen denselben keine Justiz administrirt hätte, bey Kurmainz zu verklagen gewesen wäre.

§. 36.

Allein es constirte doch so viel, daß der imploratische Theil alle Jura, wenigstens die von

von der Art, wie die Schäferey ist, indem es sonst nicht bedürft hätte, ihm in dem Pfandbriefe die Aufrechthaltung derselben einzubinden, zu genießen habe.

Bey einer ähnlichen im J. 1739 vorgegangenen Pfandung hatten sich die v. Gemmingen ebenfalls nicht an Kurmainz, sondern an den H. v. Dalberg gewendet, der auch, ohne sich auf Kurmainz zu berufen, remedirte.

§. 37.

Der Implorat genießt und exerciert also die Schäferey, wegen der er den Imploranten gepfändet hat, nicht Namens des H. Kurfürsten, nicht zu dessen sondern seinem eigenen Nutzen, in seinem eigenen Namen. Es ist also nicht der Fall, daß er wie ein Beamter gehandelt hätte, wo freylich (wie Gail in tract. saepe alleg. cap. 5. ausgeführt) die Ratihabition des Herrn zu bescheinigen, und deshalb ein Vorbescheid zu geben gewesen wäre. Wiewohl dieses auch novioris praxeos ist, indem man (wie gedachter Author bemerkt) sich zu seiner Zeit dieses an Erkennung des Mandats nicht hindern ließ, sondern abwartete, ob nachher die Exceptio deficientis ratihabitionis Domini gemacht wurde, oder nicht, und dann erst über diesen Punkt gerichtlich interloquirte.

§. 38.

Vielmehr möchte hier anschlagen, daß, da ein Usufructuarius & possessor pignoris, der aber für seine Person dem Reiche ohne Mittel unterworfen ist, ex sua persona auf die Constitution klagen kann, (Forster proc. judiciar. cam. p. 396) solches auch umgekehrt gelten müsse, daß gegen einen Usufructuarium oder pignoris possessorem, der für seine Person unmittelbar ist, auf eben die Constitution geklagt werden dürfte.

§. 39.

Das nachgesuchte Mandat gieng nur auf das eingeklagte Factum der Pfandung, welche ein Unmittelbarer, der für seine Person der reichsgerichtlichen Jurisdiction unterworfen ist, unternommen hatte. Erst im Processu causalium ist von der Possessione des Pignorantis, mithin auch von der Qualität, in welcher er besitzt, die Rede.

Aus allen diesen Gründen ward nun über diesen möglichen Zweifel hinausgegangen, und das erste *Requisitum*, immedietas nempe utriusque partis, für nichtig angenommen.

§. 40.

Das zweyte *Requisitum*, betreffend den Besitzstand des Rechts oder Orts, an dem, oder

oder wo die Pfandung geschehen, so war bescheinigt, daß die implorantische Pupillen im Besitze der Schafweide, wenigstens im Besitze des Juris compascendi, auf der Markung des Orts Stein sich befinden, und solchen sogar dergestalt in contradictorio vorhin schon behauptet hatten, daß eine im J. 1739 geschehene Pfandung abgestellt, und ihnen der Werth der damals abgenommenen Pfänder restituirt worden war.

§. 41.

Aus der Antwort eines Gemmingischen Amtsvogts vom 21. Nov. 1746 war zwar ersichtlich, daß solcher mit dem überschickten Gelde nicht alles für ersetzt angesehen, und jenes also nur auf Abschlag angenommen habe. Auch ward in dem erwähnten Schreiben noch mehrerer andern Extorquirungen gedacht; woraus sich also, daß noch nicht alles revocirt worden, mithin nicht quieta possessio gewesen sey, hätten schließen lassen können.

§. 42.

Allein wäre das auch; so würde es doch nur von der Possessione antiquiori gelten, über welche in processu causalium gehandelt wird. Hier war die durch das Zeugenverhör bescheinigte Possessio novissima für hinlänglich zu halten. Ad processum causalium gehört

hört auch secundum allegatum Ludolf S. 1. §. 8. n. 6. die plenior probatio.

§. 43.

Genug ist es ferner, daß implorantischer Theil zwar nicht im Besitze des Orts selbst, wo die Pfandung geschehen, doch aber eines Rechts einer Servitut auf demselben ist, unter welchen Servituten das Gesetz (C. O. C. P. 2. t. 23. §. 3.) namentlich die Weidgerechtigkeit nennt. Daher auch *Gail* loco alleg. C. 3. n. 6. denjenigen zur Klage auf die Pfandung in Ansehung dieses Requisiti genugsam qualificirt hält, der in alieno territorio eine Weidgerechtigkeit hergebracht hätte.

§. 44.

Das dritte *Requisitum* ist, daß der Kläger ausdrüklich anführen solle, welches neue Recht der Pfänder durch die Pfandung adquiriren wolle. Diesem war bey dem erzählten Falle ebenfalls ein Genügen geschehen, indem der implorantische Theil nämlich anführte, daß das Novum darinn bestehe, daß Implorat sein Gut von einer längst befestigten Dienstbarkeit befreyen wollte.

§. 45.

Dieses wäre also ein Jus prohibendi, welches nach *Cramer* in Obs. T. 1. obs. 84.

pro

pro jure novo zu achten ist, wenn gleich der Implorat das Jus pascendi ebenfalls hat, mithin von dessen Adquisition die Rede nicht seyn kann; wie dann *Cramer* l. c. den Fall anführt, wo, *dum imploranti alicui jus convenandi ab implorato, de cujus jure venandi jus non dubitatum constabat, mediante pignoratione disputatum et prohibitum fuerit*, hoc pro intentione adquirendi novum jus angesehen worden sey.

§. 46.

Nach dem vierten *Requisito* muß die gepfändete Sache res personave tertia innocens seyn. Wie nun aber nach C. O. C. P. 2. t. 23. §. 3. bey streitiger Weidgerechtigkeit gepfändetes Vieh pro re tertia erklärt wird, und *Gail* saepe alleg. l. C 4. daß die Pfandung in equis, bobus, armentis, grege geschehen könne, ausführt; so war auch dieses Requisitum, da die geschehene Pfandung der 8 Schafe bescheinigt war, für richtig anzunehmen.

Eben so wenig Anstand hatte es bey dem fünften *Requisito*, daß nämlich die Pfandung ex causa civili, nicht maleficii geschehen seyn müsse, welches gleichmäßig vorhanden war.

§. 47.

Da nun alle Requisita zu der Klage auf die Pfandungsconstitution vorlagen, der implorantische Theil auch das Factum seines Beamten genehmigt, mithin zu dem seinigen gemacht hatte; so konnte kein Bedenken obwalten, das gebetene Mandat auf die Pfandung mit angehängter gewöhnlicher Ladung ad deducendum causales zu erkennen.

§. 48.

Wegen des inzwischen zugleich mitgebetenen Mandati de non amplius turbando in possessione &c. ergaben sich aber mancherley Anstände. Es ist eben schon vorgekommen, daß Mandata de non turbando, nisi concurrerint facta violenta; eigentlich der ersten Anlage des Mandatsprocesses nach, nicht S. C. erkannt werden sollten. Hierüber kann noch *Gylmann* in quaestion. juris controversi T. 2. p. 185. angeführt werden, welcher behauptet, daß Mandata auf futuros casus, wenn sie nicht auf eine Constitution gegründet werden könnten, nicht anderst als C. C. zu erkennen wären. Er nennt hierunter die Mandata de non turbando, und führt den Grund an, quod tunc actor statim in possessione, quod tamen disceptandum, securus foret.

§. 49.

§. 49.

So wirft auch *Ludolf* in Comm. syst. S. 1. § 8. n. 13. die Frage auf: ob zugleich, mit den Mandaten auf die Pfandungsconstitution, Mandata de non turbando erkannt werden könnten; und antwortet: difficilius, quam mandata de non offendendo, quia illa de non turbando facerent praejudicium processui pignorationis, supponendo possessionem justam et legitimam, de qua demum in processu causalium ordinario cognoscendum, cum mandatum de restituendo respiciat saltem momentaneam et fiduciariam possessionem. Communiter itaque mandata de non turbando C. C. decernenda, nisi actoris possessio satis fuerit probata, und setzt am Ende hinzu: istiusmodi mandata cum processibus pignorationis incongrua petuntur ex ratione praedicta, quod alterum alteri faciat praejudicium.

Er beruft sich, außer dem schon angeführten Gylmann, auf *Schwanmann* und *Deckherr*, setzt auch den von *Blum* dawider allegirten Praejudiciis entgegen: quod praejudicia sine actorum inspectione sint fidei dubiae, non temere sequenda.

§. 50.

§. 50.

Wenn nun gleich Cramer obs. 226. das Gegentheil mit Anführung mehrerer Fälle behauptet; so könnte doch die Meynung des Ludolf der ersten Anlage des Mandatsprocesses angemessener, und auf den gegenwärtigen Fall um so anwendbarer gehalten werden, als nach dem eigenen Anführen der implorantischen Supplik bey der Pfandung keine Facta violenta vorgegangen sind, mithin das nachgesuchte Mandatum de non turbando höchstens nur C. C. zu erkennen gewesen wäre.

§. 51.

Doch dies: Ob zur Erkennung eines Mandati S. C. durchaus Facta violenta vorliegen müssen, ob in causa spolii simplicis, turbationis possessionis simplicis, nicht S. C. mandirt werden können, ist juris cameralis controversi. In der vorliegenden Ausführung sind hier und da mehrere Gründe pro negativa vorgekommen. Es ist jedoch hier der Ort nicht, auch jene pro affirmativa anzuführen.

§. 52.

Der eigentliche Grund, daß jenes nachgesuchte Mandatum de non amplius turbando in possessione auch nicht C. C. erkannt ward, liegt darin, weil solches (wie auch schon vorge-

kom-

kommen ist) possessionem legitimam voraus-gesetzt haben würde, die doch in causa citationis erst untersucht und bestimmt werden muß.

Nothwendig hätten die Exceptiones contra hoc Mandatum ex visceribus causalium geschöpft, sohin doppelt, einmal im Kleide der Exceptionen, und das anderemal im provocatorischen Processe im Kleide der Klage vorgetragen werden müssen.

Hiedurch kann in dem Processe eine Verwirrung entstehen; wenigstens ist solche zu besorgen.

Man muß sogar vermuthen, daß der Pfänder seine Causales lieber in processu mandati C. C., als in processu citationis vortrage; indem er dadurch favorabiliores partes rei erwählt. Hiedurch aber würde der Citationsproceß erliegen bleiben, und das darin gedrohete Praejudicium perpetui silentii könnte nicht wirken, nicht purificirt werden.

§. 53.

Ganz konnte jedoch das nachgesuchte Mandatum de non turbando mit Stillschweigen nicht übergangen werden, ohne die doch scheinbar gezeigte ältere Possession schon jetzt zu verwerfen. Es ward daher solches Gesuch ad judicium in causa citationis verwiesen.

Der fernere Theil des Petiti endlich, de non via facti, sed juris procedendo, gehörte

hörte eigentlich gleichmäßig ad processum causalium, oder hätte allenfalls auch als überflüssig ganz übergangen werden können. Da es jedoch, als der allgemeine Ausdruck, ganz unschädlich ist; so ward solches in das Decret mit aufgenommen.

Das erwähnte Decretum, welches den 9 May 1788 ergieng, war in formalibus folgendes:

Ist das gebetene Mandatum auf die Pfandungsconstitution de restituendo pignorata, nec non via facti, sed juris procedendo S. C. mit angehängter Ladung ad proponendum causales erkannt. Reliqua facta reproductione judicialiter ad causam citationis.

Vierter Rechtsfall,

über die Frage:

Ob der Recurs an ein Nunciaturgericht in einem Rechtshandel über die Alimenten unehelicher Kinder Statt habe?

Inhalt.

§. 1. Der Official zu Lüttich hat bekanntlich geistliche und weltliche Gerichtsbarkeit zugleich.

§. 2. Ist er nun in einem Rechtshandel, worin er über die Alimenten einiger unehelichen Kinder gesprochen, von welchem Ausspruche der Recurs an ein Nunciaturgericht genommen worden, als geistlicher oder als weltlicher Richter zu betrachten? Von der Beantwortung dieser Frage hängt jene der oben ausgeworfenen ab.

§. 3 — 12. Rechtsfall hierüber.

§. 13 — 19. Dessen Beurtheilung und Entscheidung der Frage, daß der Recurs unstatthaft, und zu cassiren sey. Noch ein Praejudicium hierüber in einem ganz ähnlichen Falle.

§. 1.

§. 1.

Bekanntermaßen concurrirt der Official zu Lüttich bey persönlichen Klagen mit den weltlichen Gerichten, jedoch so, daß von dessen Erkenntnissen in solchem Falle, wo summa adpellabilis vorhanden, an die höchsten Reichsgerichte appellirt werden kann, oder deficiente summa adpellabili den beschwerten Theilen das Remedium revisionis offen steht, niemalen aber, wenn er, als weltlicher Richter betrachtet, gesprochen, ad curiam Romanam provocirt werden darf.

§. 2.

Ob nun der erwähnte Official, da er in einem Rechtshandel über die Alimenten einiger unehelichen Kinder gesprochen, von welchem Ausspruche der Recurs ad Nuncium apostolicum Coloniensem genommen ward, als geistlicher oder aber als weltlicher Richter zu betrachten war, dieses kam bey folgendem Rechtshandel, den ich ganz kurz erzähle, zur Frage.

§. 3.

In einem sichern lüttichschen Dorfe befand sich eine ledige Weibsperson, welche mit einem dortigen Einwohner, gleichfalls ledigen

Stan-

Standes viele Jahre hindurch eheliche Gemeinschaft hatte, und mit ihm drey Kinder erzeugte, wovon eines während des Processes verstarb.

§. 4.

Schon bey dem ersten Kinde wollte der Stuprator solches nicht für das seinige erkennen, und belangte die Geschwächte hierüber im Jahr 1770 bey dem Official zu Lüttich, gestand aber nachher das Factum ein, und verglich sich mit ihr über die Erziehung des Kindes.

§. 5.

Nun setzte er seinen vertrauten Umgang mit ihr fort; und einige Jahre nachher erfolgte das zweyte Kind.

Er bezahlte das Wochenbett, Taufkosten, auch Anfangs 6 fl. Brabäntisch monatlich zum Unterhalte des Kindes, führte hernach sein ärgerliches Leben fort, und ward Vater von dem dritten Kinde, soll auch hiernach wieder zu dieser seiner Geliebten gegangen seyn.

§. 6.

Acht Jahre nach ihrer Niederkunft mit dem dritten Kinde, muß er ihrer überdrüssig geworden seyn: denn er verklagte oder provo-

 cirte

Bayerische Staatsbibliothek München

cirte sie 1783 bey dem Official zu Lüttich ex L. diffamari, daß sie ihn für den Vater ihres dritten Kindes angebe, und erhielt darüber eine Citation. Sie antwortete, und trug sehr viele scheinbare und schließende Umstände vor, daß er auch Vater zu diesem Kinde sey.

§. 7.

Er fand sich hiedurch so in die Enge getrieben, daß er auch die dritte Schwängerung nicht verabreden konnte; indem er eingestand, daß er auch nach ihrer Niederkunft mit dem zweyten Kinde ihr mehrmalen ehelich beygewohnt habe.

§. 8.

Es ergieng hierauf am 28. Oct. 1783 der Bescheid: daß er ihr das dritte Wochenbett mit 25 Brab. Gulden, und ins Künftige ein gewisses Alimentengeld monatlich bezahlen solle.

§. 9.

Er adpellirte zwar hievon; ließ aber die Adpellation fallen, erkannte das Kind für das seinige, und erklärte sich bereit, die 25 fl. zu bezahlen; verlangte aber auch, daß die Provocata ihre übrigen Ansprüche an ihn miteinander ausführen solle; wie er dann auch jene 25 fl. nebst

Bayerische Staatsbibliothek München

nebst 18 fl. zum Unterhalt des Kindes wirklich bezahlte.

§. 10.

Sie trug also ihre übrigen Foderungen vor, begab sich dabey der Sponsalium, weil (wie sie meldete) das Eheversprechen von ihr nicht könne erwiesen werden, indem es unter vier Augen geschehen, er aber solches in Abrede stelle. Sie schrenkte sich bloß auf ihre Kosten wegen des zweyten und dritten Kindes ein, und verlangte dafür eine Summe von 1544 Brab. Gulden.

§. 11.

Nach beschlossener Sache ergieng am 21. May 1785 das Urtheil dahin, daß der Beklagte sowohl für das zweyte als dritte Kind für jeden Monat 6 fl. Brab. pro alimentis, deductis tamen deducendis, wie auch die erweislichen Leichenkosten für das zweyte Kind vergüten, die Klägerin aber, falls er das Kind nicht selbst erziehen wolle, ratione educationis gehörige Caution leisten solle.

§. 12.

Hievon adpellirte der Beklagte an die höchsten Reichsgerichte. et ad quoscunque judices Officiali Leodiensi superiores; gieng aber an den Nuncium apostolicum,

und erwirkte daselbst am 22. Jul. 1785 processus adpellationis.

§. 13.

Hierwider kam die Klägerinn am Kammergerichte ein, und führte an, daß der erwähnte Recursus, indem Sententia Officialis nur eine provisionalem alimentorum solutionem, und also ein Objectum mere profanum betreffe, die kaiserliche Jurisdiction violire; daher sie dann gegen den Beklagten um ein Mandatum ratione sumti recursus ad Nuncium apostolicum &c. cum excitatione Fiscalis &c. gegen den Official zu Lüttich aber pro Mandato de exequendo propriam sententiam &c. anrief.

§. 14.

Der Alimentenpunkt kann, und zwar an sich betrachte, mixti fori seyn: das aber hat nur in dem Falle Statt, wenn die Obligatio ad alimentandum als ein Consectarium einer Causae per se ecclesiasticae zur Sprache kömmt: z. E. wenn die Stuprata auf die Vollziehung der Sponsalium primario, und zugleich ad praestanda alimenta pro partu klagt.

§. 15.

Allein in substrato hat sie ihre Hauptintention nicht auf die Sponsalia, sondern lediglich

diglich ad alimenta praestanda, jura persolvenda, ut et sumtus funeris spurii defuncti gerichtet, und dabey gerichtlich erklärt, daß es ihr unmöglich falle, den Beweis der Sponsalien zu führen, wie dann auch die Sententia a qua von 1785 von dem Puncto sponsalium ganz abstrahirt.

§. 16.

Da nun nicht von einer poena ecclesiastica ratione stupri, noch von einer Vollziehung des angeblichen Eheverlöbnisses, sondern allein von Entrichtung der Alimenten die Frage war; so konnte diese Sache nicht anderst, als pro causa mere civili, und der Recursus ad Nuncium apostolicum für gesetzwidrig, welcher nur dahin gerichtet zu seyn scheint, um die arme Supplicantinn mit ihrer Alimentenfoderung ad calendas graecas hinaus zu ziehen, angesehen werden.

§. 17.

Es war diese Appellation an das geistliche Gericht offenbar ad circumveniendam jurisdictionem secularem D. Principis Leodiensis gerichtet. Die ganze zugesprochene Foderung ertrug etwas über 1000 fl. Brabäntisch, deren 5 auf einen Goldguiden gehen, mithin war Summa appellabilis privilegii Leod. bey weitem nicht vorhanden. Sollte es nun

den in causa civili per sententias Officialis vermeintlich beschwerten Theilen frey stehen, wenn Summa adpellabilis nicht vorhanden, den Recursum ad Nuncium apost. zu nehmen, so würde es um die Privilegia der geistlichen HH. Fürsten geschehen, und die katholische höchst- und hohen Reichsstände würden mit ihren Privilegiis übel daran seyn.

§. 18.

Man kennt die Beschwerden über die Eingriffe der Nunciaturen in den gegenwärtigen Zeiten. Sollte nun sub clypeo eines kaiserliche Majestät und das Reich repräsentirenden obersten Gerichts durch Abschlagung der Processe in dergleichen Fällen die Jurisdictio Nuncii für fundirt erachtet worden seyn; so würde solches sicher bey dem römischen Hofe als ein wichtiges Praejudicium bey andern Fällen bemerkt, und die Klage katholischer Stände über die noch nicht allgemein anerkannten Nunciaturgerichte verdoppelt geworden seyn.

§. 19.

Es war daher um so weniger Bedenken, das nachgesuchte Mandat zu erkennen, als in einem ganz ähnlichen Falle bey der nemlichen Frage den 20 Jun. 1786 schon ein dergleichen nachgesuchtes Mandat erkannt worden war.

Das Gesuch pro excitatione Fiscalis ward aber ad judicium verwiesen, weil wohl zu erwarten stand, daß der Impetrat in der Folge von dem ergriffenen Recurse von selbst abstehen werde.

Das am 16. Febr. 1788 hierüber ergangne Decret ist folgendes;

Petita Mandata S. C. decernimus; supplicantem de reliquo, ratione excitationis Fiscalis caesarei ob violatam jurisdictionem Imperii, facta reproductione ad judicium remittentes.

Fünfter Rechtsfall,

hauptsächlich über die Materie der Gerichtsbarkeit, der päbstlichen Nunciaturen.

Inhalt.

§. 1. Die Geistlichen können in persönlichen Klagen, wenn auch diese ex causa civili entspringen, nicht anders, als bey geistlichen Gerichten belangt werden.

§. 2 — 5. Ob sie aber auch wegen Contracten, die sie noch vor angetretenem geistlichem Stande eingegangen, bey dem weltlichen Richter keiner Klage unterworfen seyn können? Dies ist so ausgemacht nicht.

§. 6 — 29. Rechtsfall, bey welchem jene Frage, hauptsächlich aber die Materie der Gerichtsbarkeit der päbstlichen Nunciaturen vorkömmt.

§. 30 — 46. Beurtheilung.

§. 1.

Daß die Geistlichen in persönlichen Klagen, auch wenn diese ex causa civili entspringen, nach dem C. 17. X de foro comp. nur bey geistlichen Gerichten belangt werden können, weiß jeder. Zwar behaupten einige Rechtslehrer z. B. Zanger de Except. P. II. C. 1. n. 107.: die Geistlichen seyen, wenn sie wegen geschlossener Contracte belangt würden, dem foro contractus des weltlichen Richters unterworfen.

Es ist aber allerdings mit Böhmer *) dafür zu halten, daß diese Meynung den geistlichen Rechten nicht gemäß seye.

§. 2.

Inzwischen ist die Frage: Ob nemlich Geistliche wegen Contracten, die sie noch vor angetretenem geistlichen Stande eingegangen, bey weltlichen Gerichten belangt werden dürften? mehrerm Zweyfel unterworfen.

§. 3.

Weder van Espen, Corvin und Schmidt, noch Boehmer und Brunnemann, werfen diese Frage auf. Unter den bekannten

G 5 Aus-

*) in I. E. P. Tom. I. L. 2. T. 2. §. 6.

Ausnahmen, die sie beym foro privilegiato Clericorum machen, kömmt dieser Fall eben so wenig vor.

§. 4.

Es scheint demnach, daß die vorerwähnte catholische und protestantische Canonisten die verneinende Antwort auf die aufgestellte Frage für ganz ausgemacht angesehen, und daher für überflüssig gehalten haben, dabey zu verweilen.

§. 5.

Indessen kann man pro affirmativa manches sagen, welches ich nachher anführen werde. Zuvor will ich den Fall kürzlich erzählen, bey dessen Beurtheilung jene Frage auch mit unter vorkam.

Geschichtserzählung.

§. 6.

Heinrich Krauthaus und Paul Bundgens pachteten 1768 in Gesellschaft auf drey Jahre den Mehl- und Brantweinaccis in der Reichsstadt Aachen. Sie fanden bey dieser Pachtung einen guten Gewinn, und beschlossen zugleich, sich um diesen Accispacht abermal zu bewerben.

§. 7.

Vor dieser neuen Pachtung soll Paul Bundgens seinem Compagnon Heinrich Kraut-

haus

haus proponirt haben, an seine Stelle seinen Sohn, Paul Quirin Bundgens, den er zu beschäftigen wünsche, mit in die Societät zu nehmen, wogegen er sich erbiete, in seinem Hause die Accisbücher aufzubewahren, und die Societätsgeschäfte betreiben zu lassen, welches Krauthaus angenommen; und darauf im Jahre 1771 den Mehl- und Brantweinpacht auf weitere 3 Jahre in Societät des erwähnten Paul Quirin Bundgens erstanden haben will.

§. 8.

Während dieser Pachtzeit ergab sich eine große Theurung der Früchte, wodurch die Consumtion, besonders des Brantweins, merklichen Abfall litte, und der Ertrag des Accises vermindert wurde.

§. 9.

Paul Quirin Bundgens berechnete bald, (wie Krauthaus äußerte) daß beym Ausgange der Pachtzeit, statt des gehoften Gewinns, Schaden sich ergeben werde, und soll daher bedacht darauf gewesen seyn, sich aus der Schlinge zu ziehen.

§. 10.

Ob ihn nun innerer Beruf bewog, den geistlichen Stand zu erwählen, oder ob jene unglück-

unglücklich ausgefallene Pachtung (wie der Kläger meint) der Beweggrund gewesen sey? weiß man nicht. Er trat ins Kloster der regulirten Chorherren zum heil. Creutz, verlies dieses aber wieder während des Probejahrs, und ward Weltgeistlicher.

§. 11.

Immittelst zeigte sich am Ende der Pachtjahre, und beym Schluß der Societätsrechnung, daß der Schaden und Verlust 2619 Rthl. betrage. Krauthaus forderte von seinem angeblichen socio, daß er die Hälfte an diesem Schaden nach den Regeln der Societät tragen und übernehmen solle.

§. 12.

Paul Quirin Bundgens verstand sich aber hierzu in Güte nicht. Indessen starb Krauthaus, worauf dessen Erben zu klagen, und den Weltgeistlichen Bundgens beym Synodalgerichte zu Aachen actione pro socio zu belangen, sich bewogen fanden.

§. 13.

Beklagter läugnete, mit dem Kläger je in Societät gestanden, und am Mehl- und Brantweinaccis Antheil genommen zu haben. Die Kläger suchten den Beweis durch Zeugen zu führen, die am 15. Jul. 1778 abgehört wurden.

§. 14.

§. 14.

Nach weiterer Verhandlung erfolgte am 12ten Jenner 1785 vom Erzpriester und den Beysitzern des Synodalgerichts das Urtheil dahin:

daß Beklagter von der wider ihn angestellten Societätsklage, betreffend die Mehlaccispachtung loszusprechen, Kläger auch in ⅔ der dem Beklagten verursachten Kosten fällig zu ertheilen, das ⅓ hingegen aus bewegenden Ursachen zu compensiren seye.

§. 15.

Von diesem Urtheil appellirten die Kläger stante pede an den päbstlichen Nuncius Pacca zu Kölln, der aber am 14ten Februar 1787 das vorige Urtheil cum condemnatione in expensas bestätigte.

§. 16.

Hiermit beruhigten sich die Kläger nicht, sondern provocirten ad curiam romanam, wo sie ihre Appellation, in der an diesem Gerichtshofe zur Introduction angeblich festgesetzten Jahresfrist, einzuführen willens waren.

§. 17.

Inmittelst kam Beklagter beym Synodalgerichte am 22sten August gedachten Jahrs um die Execution des ergangenen Urtheils ein, weil

weil dem Gegentheil nach so langer Zeit kein Rechtsmittel mehr zu statten kommen könne, auch bey jetzigen mehr aufgeklärten Zeiten die Fürsten des römischen Reichs jene Berufungen von den Nunciaturen nach Rom gesammter Hand verbieteten und abgeschaft wissen wollten.

§. 18.

Diese Aeußerung des Beklagten erregte die Aufmerksamkeit der Kläger; sie fragten hierüber Rechtsgelehrte um Rath, und wollten von diesen belehrt worden seyn, daß es nach den Reichsgesetzen verboten seye, in causis mere civilibus etiam coram foro ecclesiastico de moribus introductis ad Nunciaturam sive sedem apostolicam zu provociren, vielmehr in solchen Sachen an den weltlichen Oberrichter adpellirt werden müsse.

§. 19.

Nach diesem eingeholten Unterrichte erklärten Kläger am 31sten Jenner 1788 vor einem Notarius, daß sie endlich zu erhärten bereit seyen, daß sie kein anderes Obergericht, als die Nunciatur und die römische Curie, in dieser Sache gewußt, und die Berufung dahin, nicht in der Absicht, um der Kaiserlichen und Reichsjurisdiction zu präjudiciren, sondern bloß, um besser Recht zu erhalten, ergriffen, nunmehr aber nach erkanntem Irrthum

thum bereit seyen, diese ganz incompetenter ac nulliter in causa hac civili anerkannte Gerichtsstellen zu verlassen, und sich an den höchsten Reichsrichter zu wenden, um dort im Wege der Adpellation ihre Beschwerden auszuführen.

§. 20.

Sie ließen auch wirklich am 6ten Februar des erwähnten Jahrs 1788 bey dem Kammergerichte eine Supplicam pro praevia restitutione in integrum contra lapsum fatalis introducendae b. m., prorogatione fatalium exhibiren, und darinn, nach kurz erzählter Geschichte behaupten, daß dieser vom Sendgericht zu Aachen ans Kammergericht ergriffenen Adpellation nichts weiter entgegen stehe, als daß fatalia introducendae bereits abgeloffen seyen. Dieserwegen komme aber in Betrachtung, daß dieses fatale eigentlich nicht versäumt, sondern die Adpellation zur gehörigen Zeit, aus einem allerdings zu entschuldigenden, und auf die allgemeine Rechtsregel, quod à judice delegato ad delegantem adpelletur, gegründeten Irrthum, nur nicht hier, sondern bey einem andern vermeinten geistlichen Adpellationsgerichte introducirt worden, wo die zur Einführung festgesetzte Jahresfrist noch nicht abgeloffen sey. In solchen Fällen pflege dieses höchste Reichsgericht die

die Appellanten b. m. zu restituiren, wie dies in Sachen Douisse contra Hammels am 6sten April 1780 geschehen seye.

Daher mit dem weitern Anführen, daß die Appellantin eine Wittwe, sohin persona miserabilis seye, restitutio b. m. ex clausula Praetoris generali, wie auch prorogatio fatalium, gebeten ward.

§. 21.

Hierauf erfolgte am 12ten ejusdem der Vorbescheid: Ist die gebetene restitutio in integrum contra lapsum introducendae noch zur Zeit abgeschlagen; sondern würde Supplicant forderfamst den gravatorial Libell, als wozu ihm, mit einstweiliger Aussetzung des vorerwähnten Desertionspuncts, seit 2 Monat verstattet wird, beybringen, soll ferner ergehen, was Recht ist.

§. 22.

In der hiernach samt dem Gravatoriallibell eingereichten Supplica pro processibus ward das, zu Begründung der kammergerichtlichen Jurisdiction, bereits gesagte wiederholt, und in ersterm, dem Gravatoriallibell nemlich, nach erzählter Geschichte behauptet, daß die Entscheidung dieser Rechtssache auf der Frage beruhe: Ob die Kläger rechtsbeständig dargethan, daß Beklagter für die 3 in fragste-

Frag stehende Pachtjahre mit Krauthaus in Gesellschaft gestanden sey?

§. 23.

Wenn nun zum voraus bekannter Rechte sey, quod societas non tantum scriptis, sed etiam re vel verbis iniri possit, so hätten Kläger in voriger Instanz den zu führenden Beweis auf nachstehende Art eingetheilt, daß

a) *verba*, die nemlich vom Gegentheil wegen der befragten Societät geführte Sprache, und

b) *facta*, dessen unternommene Handlungen nemlich glaubhaft vorgelegt und angezeigt worden seyen.

§. 24.

Zum Beweise ad a) seyen 5 Zeugen vom Klägern producirt, und auch wirklich abgehört worden. Aus den Aussagen dieser Zeugen erhelle, daß des Beklagten Mutter der klagenden Wittwe, daß die in Frag stehende Societät zu Stande gekommen sey, Glück gewünscht habe; es erhelle daraus ferner, daß Beklagter diese gemeinsame Pachtung selbst wiederholt eingestanden, an allen Geschäften der Societät lebhaften Antheil genommen, auch gegen dritte die Sprache eines socii bey verschiedenen Gelegenheiten geführt habe.

§. 25.

So sey auch ad b) durch mehrere Handlungen des Beklagten evident dargethan, daß er an der befragten Pachtung Antheil genommen, und mit dem Vater der Kläger in Societät gestanden habe.

Denn so habe derselbe

1) nach gepachtetem Mehlaccis mit den neu aufzustellenden Aufsehern und Bedienten Dienstaccorde getroffen, sie den Müllern in dieser Eigenschaft vorgestellt, und ihnen die Ausübung ihres Amts übertragen.

Eben so habe derselbe

2) wegen des Mehlaccises, außer der Stadt Aachen, im städtischen territorio mit einem sichern Namens Graf eine Unterpachtung anfangs mündlich, und nachhin schriftlich abgeschlossen, worauf dieser Unterpächter vom Magistrate in gedachter Qualität verpflichtet worden seye.

3) Seyen die von den Unterpächtern geleistete Quartalzalungen in des Beklagten Behausung geschehen.

4) Habe Beklagter selbst mehrmal während der Pachtung die Mühlen in Aachen Amtsmäßig besucht und um die zu mahlen vorräthigen Früchte sich erkundiget.

5) Seye alles nach Aachen zur Zeit der Pachtung gebrachte Mehl jedesmal im Hause des

des Beklagten angezeigt, daselbst gewogen, und davon der gewöhnliche Accis gezahlt worden.

6) Seyen auch in des Beklagten Hause die Societätsbücher immerhin aufbehalten, und dort alle Geschäfte besorgt, auch von daraus die Pachtgelder an den Magistrat vom Beklagten, oder seinen Hausleuten, gezahlt worden.

Ferner habe Beklagter

7) dem Berufe eines Accispächters gemäs auf die Accisdefraudanten invigilirt, wie er dann auch

8) einige Confiscationen vorgenommen,

9) diese, so wie alle während der Pachtzeit gefallne Geldstrafen mit dem Vater der Kläger getheilt, und endlich

10) überhaupt die einem Compagnon aufliegende Geschäfte immerfort ausgeübt habe, daher er auch als wirklicher Mitpächter allenthalben angesehen worden seye.

§. 26.

Alle diese durch Zeugenaussagen erprobte Umstände lieferten (heißt es in dem Libell weiter) unstreitig den vollständigsten Beweis, indem die Zeugenaussagen sich nicht auf einzelne Actus societatis beschränkten, wiewohl das schon hinlänglich beweisen würde, sondern alle einstimmig und sehr umständlich versicherten,

daß Beklagter Mitpächter seye, und sich immerhin so gerirt habe.

§. 27.

Außerdem sey zu bemerken, daß unter den zahlreichen Zeugen Männer sich befänden, die von der Stadtobrigkeit zur Mithilfe zeitlicher Mehlpächter besonders verpflichtet seyen, und hier über ihre Amtsverrichtungen aussagten.

§. 28.

Allein selbst nicht nur re et verbis, sondern auch per ipsam scripturam seyen die Appellanten die abgeläugnete Societät zu erweisen im Stande, und zwar

1) durch die, gleich bey der Uebernahme der Pachtung mit dem Quirin Graf errichtete Afterverpachtung, worinn die Worte: „Heinrich Krauthaus et Compagnie," vorkämen, wiewohl Beklagter die Worte et Compagnie, auszustreichen sich bemühet habe;

2) habe die firma oder Unterschrift immerhin auf den Acciszetteln: Krauthaus und Compagnie, gelautet, die vom Beklagten nach der Zeugenaussage eigenhändig jedesmal geschrieben worden sey;

3) seye unter der nur erwähnten Firma das Annotationsbuch geführt worden, welches Beklagter in seinem Hause aufbewahrt, anfangs

fangs zwar abgeläugnet, nachhin aber bey Gerichte producirt, zuvor aber darinn das Wort Compagnie allenthalben ausgestrichen habe, jedoch so, daß es, nach dem darüber ausgestellten Zeugnis von Schreibekunstverständigen, noch lesbar seye.

§. 29.

Nach allem dem liege es nun wohl deutlich am Tage, wie sehr die Kläger durch das unterrichterliche Urtheil beschwert worden seyen, daher dann gebeten ward, nach ertheilten vollen Appellationsprocessen, dereinst in Rechten zu erkennen: daß der Beklagte den aus der befragten Mehl- und Brantwein-Accispachtungsgesellschaft sich ergebenden Schaden zu 2619 Rthl. zur Halbschied mitzutragen, und zu erstatten schuldig seye, idque cum interesse judicialis morae, nec non prioris et hujus instantiae expensis.

Beurtheilung über den vorliegenden Fall, in Ansehung der kammergerichtlichen Jurisdiction, und darauf beruhende Annahme oder Abschlagung der Processe.

§. 30.

Es kam nun bey diesem Falle die Frage, (wovon ich oben schon §. 2. seq. zum Theil gesprochen habe) ob nemlich Geistliche wegen Contracten, die sie noch vor angetretenem geistli-

 chen

chen Stande eingegangen, bey weltlichen Gerichten belangt werden können? mit vor.

Es ließe sich wohl behaupten, daß sich die Privilegien des geistlichen Standes nicht auf frühere, vor dessen Antritt gepflogene, Handlungen erstrecken könnten.

§. 31.

Als der hier in Frag gezogene Pachtcontract zu Stande kam, waren beyde Contrahenten der weltlichen Gerichtsbarkeit unstreitig unterworfen, sonach keiner von ihnen difficilioris conventionis. Es würde daher die Standesveränderung des einen Contrahenten, wenn sie vorerwähnte Wirkung hervorbringen sollte, einer cessioni in potentiorem ähnlich werden, die bekannten Rechten nach nicht zulässig ist.

§. 32.

In dem vorliegenden Falle tritt noch der besondere Umstand hinzu, daß aus einem kaufmännischen Contract geklagt, mithin ein Geistlicher wegen eines Geschäfts belangt wird, das ihm, als solchem, nach C. fin. X. de vita et honestate clericorum ausdrücklich untersagt ist.

Brunnemann in J. E. behauptet daher L. 6. C. 6. §. 7.

„Si ob mercaturam conveniantur Clerici, non poterunt petere, ut remittantur ad Episcopum.“ Womit auch Klock de Contibut. C. 12. n. 253 übereinstimmt.

§. 33.

Erwägt man ferner, daß die Geistlichen, wenn sie ein weltliches Amt, als Vormund, Sachwalter ꝛc. geführt haben, oder einem Weltlichen in lite succediren, bey weltlichen Gerichten, nach der Meynung aller Canonisten, belangt werden können, weil nemlich hier diversus respectus eintritt: So fließen hieraus ganz analogische Gründe pro affirmativa der aufgeworfenen Frage, die sich, ohne dem privilegio fori clericorum zu nahe zu treten, ganz wohl vertheidigen ließen. Wenigstens würden sie ad fundandam jurisdictionem cameralem vor der Hand hingereicht haben.

§. 34.

Allein mit der Erörterung dieser Frage war in jenem Falle die Sache noch nicht ausgemacht.

Die Kläger hatten selbst die geistliche Gerichtsbarkeit für competent gehalten, sie hatten ihre Gegner in erster Instanz beym Synodalgerichte zu Aachen belangt, darauf an die päbstliche Nunciatur zu Köln provocirt, demnächst

nächst sogar ad curiam romanam appellirt; und nun erst wollen sie à via iterato electa abweichen.

§. 35.

Hierzu halten sie sich berechtigt, weil

1) (wie sie äußerten) nach den dermaligen aufgeklärten Zeiten, den päbstlichen Nunciaturen keine Jurisdiction mehr eingeräumt werde,

2) der Recurs ad curiam romanam ohnedas in Reichsgesetzen verboten sey, und

3) vom Synodalgerichte zu Aachen ans Kammergericht provocirt werden könne.

§. 36.

Auf 1) unterstellten die Kläger, daß, da es dem Nunciaturverfahren zu Kölln am Haupterforderniß (der Jurisdiction nemlich) gefehlt habe, dessen Verfahren also nichtig seye, und die Rechtskraft nie beschreiten könne.

§. 37.

Diese gewagte Behauptung (welche ihr Schriftsteller mit Gründen zu unterstützen sich nicht einmal die Mühe nahm) ist aus den bekannten widrigen Schicksalen der päbstlichen Nunciaturen in Teutschland abstrahirt, und kann vorzüglich auf das kayserliche Rescript an die

die teutschen Herren Erzbischöffe vom 12ten Octob. 1785 gegründet seyn.

In diesem erklären kayserliche Majestät: daß Allerhöchstdieselben niemal gestatten würden, daß die Erz- und Bischöffe im Reiche in ihren von Gott und der Kirche ihnen eingeräumt und zustehenden Rechten gestöhrt würden, daß also Seine Majestät die päbstliche Nuncien nur als päbstliche Abgesandte zu politischen und jenen Gegenständen geeignet erkennten, welche unmittelbar dem Pabste, als Oberhaupt der Kirche, zustünden; daß aber Seine Majestät diesen Nuncien weder eine Jurisdictionsausübung in geistlichen Sachen, noch eine Judicatur gestatten könnten, weswegen auch solche eben so wenig dem in Kölln schon befindlichen, als dem zu Wien stehenden, noch einem andern, irgendwo in die Lande des teutschen Reichs kommenden päbstlichen Nuncius zukommen, noch zugelassen werden solle *).

§. 38.

Dieses kayserliche Rescript, und die zugleicher Zeit dem päbstlichen Hofe gemachten triftigen Vorstellungen haben aber, so viel man weiß, die päbstliche Nunciaturen in bloße

*) Reuß Staatskanzley Th. 20. S. 344.

politische Gesandschaften noch nicht durchgehends umzustalten vermogt. Vielmehr ist, dies alles unangesehen, 1786 die neue Nunciatur zu München mit eben der geistlichen Gewalt eröfnet worden, welche die päbstliche Nuncien bisher in Teutschland ausgeübt haben.

Eben so wenig brachte die Punctation des berühmten Emser Congresses, nach welcher unter andern die Nuncien in Zukunft völlig aufhören, oder doch keine actus jurisdictionis voluntariae vel contentiosae mehr ausüben sollen, diese wichtige Metamorphose hervor.

§. 39.

Der Pabst vertheidigt seine Rechte, und behauptet: (wohl nicht ohne Grund) die Nunciaturgerichtsbarkeit seye selbst in den Concordaten, den Reichsabschieden von 1654, 1658, und 1664, und der kayserlichen Wahlcapitulation Art. 14. §. 4 und 5. gegründet, indem diese Reichsgesetze nur gegen die Mißbräuche eyferten, nur dagegen gerichtet wären, daß weltliche Sachen nicht vor die Nunciaturen gezogen würden.

Auch mit den canonischen Gesetzen, nach welchen dem Pabst die Befugniß, Nuncien abzuschicken, zustehe, sey das kayserliche Circularschreiben nicht vereinbarlich, folglich könne dieses, utpote à potestate laica prodiens, die Beobachtung der geistlichen Gesetze nicht

auf-

aufheben, wenn es auch wirklich ein wahres Gesetz oder Edict wäre; dieses seye es aber nicht einmal, sondern nur simplex merae insinuationis epistola per nonnullorum importunitatem à Caesare praescripta, non personam Legislatoris, sed Advocati et Imperii defensoris gerente; wie dann gedachtes Schreiben, da Teutschland keine andere, als auf der Reichsversammlung gegebene Gesetze erkenne, auch nach der Verfassung des Reichs keine gesetzliche Kraft habe, imo ipsum Imperatorem adstrictum ad capitulationis observantiam nec voluisse, nec potuisse sancire pro universo Imperio coactivam legem ad omnem abolendam Nunciorum Jurisdictionem contra fundamentales tam ecclesiae, quam Imperii leges *).

§. 40.

Das vom Reichshofrathe auf die Beschwerde der Erzbischöffe über das Circulare des Nuncius Pacca, die Ehedispensationen betr. am 27ten Febr. 1787 eröfnete Conclusum beschränkt sich lediglich auf den Inhalt dieses Circulars und die Art, wie solches verbreitet worden, eyfert auch gegen die Aufstellung eines Nunciaturcommissarius in den Jülich- und Bergischen Landen, ohne jedoch die Nunciaturge-

*) Reuß Staatskanzley Th. 20. S. 255.

turgerichtsbarkeit im Ganzen in Zweifel zu ziehen *).

§. 41.

Es ist auch bekannt, daß die meisten Bischöffe und andere Fürsten den päbstlichen Nuncius zu Kölln erkennen, und daß der bey der Emser Punctation entworfene, weit ausgedehnte Plan ohnehin von seiner völligen Ausführung noch sehr weit entfernt sey. Zugleich zeigt der gegenwärtige Fall, daß der Herr Nuncius Pacca standhaft fortfährt, seine in den Gesetzen und dem Herkommen gegründete Gerichtsbarkeit auszuüben.

§. 42.

Bey dieser Lage der Sache war wohl jenes letzte Anführen der Appellanten als bey weitem zu voreilig zu betrachten, und es gieng wohl keineswegs an, daß das Kammergericht den päbstlichen Nuncien ihre Gerichtsbarkeit virtualiter, durch Erkennung der gebetnen Appellationsprocesse, hätte absprechen sollen.

§. 43.

Nicht weniger ungegründet war auch auf 2) das weitere Vorgeben, daß der Recurs an die römische Curie durchgehends auch

*) Reuß ibid S. 386.

auch in geistlichen Sachen, die einen Geistlichen als Beklagten betreffen, in den Reichsgesetzen verboten seye. Wenn der adpellantische Schriftsteller den 14. Art. §. 4. der Wahlcapitulation nachgeschlagen, und Mosers Anmerkungen darüber gelesen hätte; so würde er das nicht niedergeschrieben haben.

§. 44.

Was endlich

auf 3) die Verfassung des Sendgerichts betrift, so mag wohl zu bezweifeln seyn, daß solches, gleich den Officialgerichten, auch in weltlichen Sachen zu erkennen befugt sey, sonach von diesem geistlichen Gerichte ans Kammergericht adpellirt werden könne.

In Nopps Aachner Chronik wird L. 1. C. 33. das Sendgericht als ein geistliches Gericht, welches die Stelle des bischöflichen Consistoriums vertritt, beschrieben.

In Mosers Reichstädtischem Handbuch, wie auch Ludolfs Tabella privileg. findet man von diesem Sendgerichte keine nähere Nachricht.

Aus der Reichsgeschichte ist längst bekannt, daß die bischöfliche Synodalgerichte blos geistliche Gerichtsstellen von jeher waren.

§. 45.

Was es daher auch mit dem in dem Libell angezogenen oben erwähnten praejudicio

cam-

camerali für eine Beschaffenheit habe, konnte man um so mehr dahin gestellt seyn lassen, als es nach dem, was von der Nunciaturgerichtsbarkeit hier angeführt worden ist, darauf ohnehin nicht weiter ankam.

§. 46.

Nach allem dem ward die kammergerichtliche Jurisdiction in vorliegender Sache für nicht gegründet erachtet, die hieher eingelegte Berufung also abgeschlagen, und darüber den 27. May 1788 folgendes Decret erlassen:

Sind die praevia restitutione b. m. gebetene Appellationsprocesse, als an dieses kayserl. Kammergericht bey vorliegenden besondern Umständen nicht erwachsen, hiermit abgeschlagen.

Sechster Rechtsfall.

Eine Regreßklage gegen den Richter wegen Verzögerung eines nachgesuchten Arrestes.

Inhalt.

§. 1 — 3. Grundsätze bey Arrestsgesuchen, und Erfordernisse zu Erkennung eines Arrestes, die die Partey darthun, und der Richter attendiren muß.

§. 4 — 43. Rechtsfall, worinn es auf die Anwendung jener Grundsätze ankam, und worinn der Richter wegen eines verzögerten Arrestes, in via citationis ad videndum se teneri ad restitutionem damni ex omissione Officii Judicis causati, actione subsidiaria regressus; in Anspruch genommen ward.

44 — 75. Beurtheylung, und kammergerichtliche Entscheidung, wodurch der Richter zum Ersatze des Schadens und sohin selbst eigner Zahlung der Foderung, die dem Kläger wegen versagten Arrestes gegen den Hauptschuldner verlohren gegangen war, mit Verurtheylung in die Kosten con-

demnirt

demniret ward, nebst dem weitern Urtheil in der Restitutionsinstanz, welches das vorhergehende, cum iterata condemnatione in expensas, und mit einer wegen des Mißbrauchs des remedii restitutionis angehängter fiskalischen Strafe, bestätigte.

§. 1.

Es hat seine gute Richtigkeit, daß der Richter bey Erkennung eines Arrestes vorsichtig zu Werk gehen müsse. „Judex in imponendo arresto sit providus, ne indistincte et ad quamvis creditorum petitionem illud concedat, sed prius summaria inquisitione secum discutere debet, an isti sine injuria locus sit," sagt Müller ad Struv. exercit XXVI T. 2. not. d. und führt die das nemliche ungefähr sagende Worte des Sail de arrest. imp C. 1. n. 11. an.

Eben so wenig darf der Richter zu difficil seyn. „Quemadmodum judex non adeo facilis in concedendo arresto esse, sed probe considerare debet, an revera debitum subsit, et causa ad impetrandum arrestum sufficiat, et si haec deprehendatur, coeteris paribus non adeo difficilis in eo decernendo sit" heißt es bey Cramer in Obs. T. 3. Obs. 958.

§. 2.

§. 2.

Was wird dann nun aber zu Erkennung eines Arrestes erfodert? Etwa ein strenger Beweis der Foderung?

Der schon angeführte Müller ad Struvium l. c. Nota E. sagt: „Creditor de debito suo Judicem verosimiliter docere debet per instrumentum obligationis, vel per testes, vel alia aliqua legitima et summaria probatione, per quam Judex credere potest, verum id esse, quod asseritur, si periculum in mora, confirmatio etiam per juramentum sufficit.“

Causa debiti und periculum praesens fugae muß beym Personalarrest bescheinigt seyn; (nach *Cramer* l. c. und dem von ihm allegirten *Boehmer* T. 2. Consult. 473. n. 20.)

Bey eben dem Cramer aber T. 1. Obs. 413. heißt es: „Sufficit ad impetrandum arrestum, ut implorans summarie saltem fidem faciat judici de suo debito, deinde ostendat periculum aliquod subesse, ut sibi de consequendo debito prospicere debeat; nec requiritur instrumentum clausulis executivis munitum, sed solum ut periculum in mora, damnumque irreparabile, immineat.“

§. 3.

Die ebenerwähnten Requisita waren nun in einem Falle, worinn aber der Unterrichter gleichwohl mit Ertheilung des begehrten Arrestes zögerte, vorhanden. Der Kläger kam hierdurch nicht zu seiner Bezahlung, und stellte dieserhalb die Regreßklage bey dem Kammergerichte an, welches die dem beklagten Richter zur Schuld gegebene Verzögerung in Ertheilung des Arrestes anerkannte, und somit solchen, da hierdurch dem Kläger der Weg, von dem eigentlichen Schuldner befriedigt werden zu können, entgangen war, zur selbsteigenen Bezahlung der Schuld, und Entrichtung der Schaden und Kosten, condemnirte. Dies Urtheil ergieng den 31ten Jenner 1783, und ward nachher, nachdem dagegen Restitution interponirt worden war, mit abermaliger Verurtheilung in die weiters aufgegangene Kosten, und angehängter fiskalischer Strafe wegen Mißbrauch des remedii restitutionis, bestätigt.

Die Geschichte des Rechtsfalls, von welchem ich rede, ist kürzlich folgende:

Proceßgeschichte.

§. 4.

Im Jahre 1770. ward zu W. von mehrern Interessenten ein von der Burg daselbst privilegirtes Lotto errichtet.

Ein sicherer Cajus wird in einem von der Kanzley zu W. erlaßnen Dekret, und in einem ausgestellten Depositionsschein, Directeur und Entrepreneur jenes Lotto genennt.

Solches hörte jedoch bald auf. Die alten Interessenten cedirten ihr Privilegium an den erwähnten Entrepreneur und Directeur Cajus, der zur Errichtung eines anderweiten Lotto bey der Burg ein neues Privilegium nachsuchte, welches ihm auch, wenn er vorher 50000 fl. baar, oder in guten von bekannten Handelshäusern acceptirten Wechseln, deponirt haben würde, auf 10 Jahre am 8ten April 1773 zugesagt wurde.

Er konnte aber mit dem zur Bedingnis gemachten Deposito nicht aufkommen, indem er noch im folgenden Jahre 1774 im Junius um eine Frist dazu bitten mußte, die er auch erhielte.

§. 5.

Um eben die Zeit, am 17. Junius nämlich, stellte er an den Kaufmann Mevius eine Schuldverschreibung aus, worinn er für sich, und

mit dem, was er für einen sichern Josephus übernommen habe, dem erwähnten Mevius 1300 fl. schuldig zu seyn, und ihm den Kredit sowohl, als sonsten viele Freundschaft und Gefälligkeit zu verdanken zu haben bekennt, und gedachte Summe sub clausula executiva in bestimmten Terminen zu bezahlen verspricht, und sein jetziges und künftiges Vermögen verpfändet.

§. 6.

Nicht nur der Cajus erkannte auch noch nachher diese Schuld, sondern eben so auch der darauf ins Spiel tretende schon erwähnte Josephus. Jener durch einen Brief vom 16ten Octob. des gedachten Jahrs 1774, worin er seinen Gläubiger wegen des nicht eingehaltnen ersten Termins noch um eine 4 wöchentliche Frist bittet; dieser erkannte die Schuld durch einen Brief vom 10ten des erwehnten Monats, worinn er verspricht, für deren Bezahlung sorgen zu wollen. In einem andern Schreiben vom 15ten ejusd. bekennt lezterer, dem erwähnten Mevius noch besonders 50 fl. schuldig zu seyn, und räht ihm, dem Cajo mit Ernst zuzusetzen.

§. 7.

Mevius befolgte diesen Rath, und klagte gegen den Cajus nicht nur auf Bezahlung des ersten Ziels mit 400 fl., sondern impetrirte auch

auch bey der Burg zu W. einen Arrest auf die Effecten des Cajus sowohl, als dessen Person. Dieser stellte darauf vor, daß die verstrickten Effecten das erste Ziel zu 400 fl. weit überstiegen, daß er den Werth der Foderung nicht erhalten, und noch viele Einwendungen sowohl, als Gegenfoderungen, dagegen hätte, und bat daher den Kläger zu einer Caution von wenigstens 1500fl. pro reconventione & expensis anzuhalten.

§. 8.

An dem nämlichen Tage aber, da diese Vorstellung eingereicht worden war, am 31ten October 1774, zeigte der Anwalt des Klägers an, daß beede Theile dahin übereingekommen wären, daß der Arrest unter der Bedingung relaxirt werden solle, daß die verstrickten Effecten ihme als hiezu specialiter bevollmächtigten Mandatario versiegelt ausgeliefert werden sollten, um deren Verabfolgung er denn auch bat.

Die Burg hob hierauf den Arrest auch wirklich auf, und gestattete dem supplicirenden Anwalt, die Effecten gegen Schein in Empfang zu nehmen.

§. 9.

Nunmehr aber änderte sich auf einmal die Lage der Sache. Am 1ten Novemb. 1774

 errich-

errichteten der gedachte Cajus und der gleichfalls schon erwähnte Josephus einen Cessionscontract unter sich, mittels dessen ersterer als Directeur und Entrepreneur des Lotto zu W. leztern alle seine sämtliche auf gedachtes Lotto habende jura und Ansprüche übertrug, und sein darüber ihm zustehendes Directorium mit allen Vortheilen abtrat, dagegen aber der Josephus versprach, in des Cedenten Verbindlichkeiten zu treten, und alle dessen in der Eigenschaft eines Entrepreneurs und General-Directors verrichtete Handlungen zu genehmigen, somit demselben das bisher zum Beßten des Instituts verwendete aus der Lottocasse zu vergüten, worunter dann die Bezahlung der Foderung des Mevius namentlich angeführt ist. Auch versprach er unter andern dem Cajus für die ihm durch die Uebertragung geleistete besondere Freundschaft zwey freye Actien. Beyde Contrahenten übernahmen hierbey sowohl wegen dieser Cession die Ratification der Interessenten, als auch die obrigkeitliche Confirmation der Burg auszuwirken.

§. 10.

Der Josephus gab sich demnächst Mühe, das neue Lotto zu Stande zu bringen, und correspondirte darüber mit den Interessenten. Einer von diesen Namens Antonius schrieb ihm am 24-sten

sten Decemb. 1774, daß er sich alles gefallen lasse, was die beyden Herren Titii für gut fänden.

§. 11.

Diese, die beyden Titii nämlich, hatten schon den 19 Dec. 1774 für sich und Namens eines fernern Interessenten Petrus zu Besorgung ihres Interesse bey der mit dem erwähnten Lotto vorgegangnen Veränderung einen sichern Nicolaus eigends nach W. abgeschickt, und solchen dahin bevollmächtigt, daß er alles, was er in ihrem Namen vorzukehren und zu verfügen nöthig finden werde, vorkehren dürfe und solle; wie sie denn jedes, was er also thun und handlen werde, als von ihnen selbsten geschehen, hiemit genehmigen und gut heißen wollten, und falls derselbe einer weitern Vollmacht benöthigt seyn würde, so solle solche hierinn begriffen seyn, idque sub clausulis rati, grati, & indemnisationis.

§. 12.

Dieser Nicolaus stellte hierauf am 30sten Dec. 1774 eine Versicherung aus, worinn er dem Stadtschultheiß Caspar in W. verspricht, daß, so bald das Lotto zu Stande gekommen seyn werde, demselben nicht nur von den erst eingehenden Lotto-Geldern gleich baar 400 fl. für Rechnung des Cajus ex cassa generali behändigt, sondern auch dessen eigne weitere Foderung à

1100 fl. vi contractus eben so, als des Kaufmanns Mevius an den Cajus habende Foderung zu 3000 fl. à dato der ersten Ziehung von viertel zu viertel Jahren in vier gleichen Terminen, laut den darüber auszustellenden Assignationen, richtig ausgezahlt, und demselben freygestellt seyn solle, über diese ganze Summe Anweisungen an Lottoausständen zu verlangen und solche ihm ohne Anstand ausgefertigt werden sollten. Er gab auch hiervon seinen Mandanten Nachricht.

§. 13.

Der erwähnte *Josephus* gerirte sich immittels in Gemäsheit des mit dem *Cajo* getroffenen Contracts als Generaldirector des neu zu errichtenden Lotto. Als solchem gab ihm die Burg zu W. am 13ten Febr. 1775 einen endlichen peremtorischen Termin von 4 Wochen zu Herbeyschaffung des nöthigen Fonds, und nannte ihn bey der Gelegenheit „angeblichen Generaldirector der zur Fortsetzung des Lotto sich angegebenen neuen Interessenten."

§. 14.

Als sich auch Mevius seiner Schuld wegen an seinen alten Debitor, den Cajus, ferner gewendet hatte, so schrieb ihm dieser unterm 14ten April 1775, daß der oft erwähnte Josephus, von dem er jedoch zugleich ein sehr schlech-

schlechtes portrait machte, diesen Posten über⸗ nommen, die Interessenten des Lotto auch die Cession genehmigt hätten, daß mithin nicht nur Josephus, sondern die ganze Interessenz des Lotto statt seiner Debitores wären, wo⸗ durch er für sein (des *Mevii*) Bestes genug ge⸗ sorgt zu haben glaube.

§. 15.

Nachdem nun die neuen Interessenten ei⸗ nen Fond von 30000 fl. in Wechsel bey der Burg hinterlegt hatten, so ertheilte diese zu der von den alten an die neuen Interessenten ge⸗ schehenen Uebertragung und Cession des Privi⸗ legiums ihre Einwilligung, mittels eines vom 14ten Sept. 1775 datirten Privilegiums auf 10 Jahre, und gab zugleich dem Publico von der zu dessen Sicherheit geschehenen Hinterle⸗ gung der 30000 fl. in Wechsel Nachricht, welche Wechsel nach Befund zum Theil, oder ganz, sogleich zur eignen Einkassirung ausge⸗ händigt werden könnten und sollten.

§. 16.

Es wurde auch in Gemäßheit dieses Pri⸗ vilegiums am 25sten Sept. d. a. die nöthige Verordnung wegen der Lottobuchdruckerey und auch an den bis dahin von Obrigkeits wegen verpflichtet gewesenen Cassirer dahin erlassen, daß er die Effecten, Meubles, Bücher,

Scripturen und sonstige zum Lotto-Etablissement erforderliche Sachen dem dermalig bestellten Generaldirector Josephus gegen einen Schein, wovon das Duplicat der alten Interessenz zuzustellen wäre, aushändigen solle.

§. 17.

Um eben diese Zeit, da das neue Lotto unter der Direction des Josephus zu Stande gekommen war, schrieb einer der beyden Brüder Titien (die oben §. 11. schon als Interessenten vorgekommen sind) unterm 30sten Sept. 1775. selbst an den Kaufmann Mevius, und intercedirte vermuthlich um Gedult und Nachsicht für den eben erwähnten Josephus unter der Aeußerung, daß das Lotto nun wirklich von der Burg authorisirt sey; daß aber er, Mevius, nur durch Zustandebringung des Instituts zu seiner Befriedigung gelangen könne.

§. 18.

Auch Cajus verwies abermal in einem Schreiben vom 10ten Octob. e. a. den Gläubiger Mevius lediglich an den Josephus, dessen Uebernahme der Foderung in der Cessionsacte mit dieser von der Kanzley confirmirt wäre, so, daß er selbst die Zurückgabe der nun gegen ihn unbrauchbar gewordenen Papiere verlangte.

§. 19.

§. 19.

Das neue Lotto hatte aber so wenig guten Fortgang, als das vorhergehende. Schon aus einem Briefe des erwähnten Mandatarii der Titien, des Nicolaus, vom 20sten Jenner 1776, aus welchem aber nicht zu ersehen, an wen er geschrieben worden, zeigt sich, daß damal bereits die größte Verwirrung dabey herrschte. Der Nicolaus sagt darin: daß sich eine Menge von dem Josephus von Directionswegen unterschriebne Wechsel fänden, ohne daß er ausfindig machen könne, wozu das Geld gebraucht worden, indem er von keinem Verluste, vielmehr von lauter glücklichen Ziehungen höre; ein gewisser Antonius, der darunter stecken sollte, sitze im Wirthshause in Arrest. Er erwähnte dabey eines Schreibens der Kanzley, nach welchem über 10000 fl. eine Obligation an Juden ausgestellt, und darinn die deponirten Wechsel verpfändet seyn sollten, wodurch denn nothwendig der Kredit des Instituts fallen müsse; es hätten sich zwar Liebhaber zu Uebernehmung des Lotto gefunden, da diese aber mit jenen Wechseln nichts zu schaffen haben wollten; so hätte die Burg dem Josephus ein Privilegium zu einer Klassenlotterie zugesichert, und der Canzleydirector verlange nur für 10000 fl. Wechsel producirt zu sehen, um das Privilegium bey seiner Herr-

schaft

schaft zu facilitiren. Dieses, sagt Nicolaus, seye das einzige Mittel, ohne daß das Lotto, welches kaum einige 100 fl. Einsätze habe, verloren seyn werde, und bittet daher den, an den er schreibt, die gedachten Wechsel nebst 1000 Rthl. baares Geld zu schicken, setzt auch noch hinzu, daß er dem Josephus gerathen habe, die Ziehungen einzustellen.

§. 20.

Vermuthlich hatte nun der Gläubiger Mevius von dieser Lage der Sache Nachricht erhalten, und glaubte, daß es jetzt Zeit seye, sich zu melden. Sein Anwald übergab daher bey der Burg am 17ten May 1776 gegen den Josephus, als Director des Lotto, eine Supplik, pro Mandato de solvendo debitum liquidum et agnitum à 1300 fl. cum Interesse morae et expensis S. C adnexa Citat. solita, ut et Mandato arresti. Unter Beziehung auf die Cajusische mit clausulis executivis versehene Obligation, die Uebertragungsurkunde auf den Josephus, und die Ratificationsacte des Nicolaus, bat er, dem Beklagten einen kurzen Termin zum bezahlen zu setzen, und immittels auf die hypothecirte vorräthige Lottogelder einen Arrest zu legen.

Statt dessen aber erhielt er nur am 20sten desselben Monats das Dekret: Communicetur dem Beklagten mit der Auflage, Klägern ent-

entweder innerhalb 4 Wochen zu befriedigen oder seine allenfallsige Einreden binnen 14 Tagen einzubringen. Sodann ward der klagende Mandatarius angewiesen, die Beylagen auch zu dem Duplicat fertigen zu lassen.

§. 21.

Ohne dem zweyten Membro des Dekrets zu geleben, adpellirte vielmehr der Meviusische Mandatarius am nämlichen Tage an das K. K. G. Er prosequirte jedoch diese Adpellation nicht, sondern Mevius schlug darauf einen andern Weeg ein, und ließ am 23sten May d. a. hier eine Supplik pro Mandato de administrando celerem justitiam et decernendo Arrestum petitum in pecunias specialiter hypothecatas der Lottocasse, donec plenaria fuerit facta solutio S. C. gegen die Burg übergeben. Es war die zu W. vorhin eingereichte Supplik samt Anlagen beygelegt, und unter Beziehung auf diese, und mit Behauptung, daß das darauf ertheilte Dekret eine Justizverweigerung enthalte, auch, daß der Arrest um so nöthiger wäre, als das Falliment des Lotto zu befürchten stehe, ward gebeten, der Burg, daß sie ihm zu der eingeklagten Foderung schleunig helfe, und indessen durch Anlegung des Arrestes Sicherheit verschaffe, aufzugeben.

Hierauf wurde am 14ten Junius e. a. Schreiben um Bericht erkannt, mit der jedoch

doch angehängten Ordination; dem Imploranten bis auf weitere Verordnung hinreichende Sicherheit wegen seiner Foderung zu verschaffen.

§. 22.

Um diese nemliche Zeit, als das kammergerichtliche Dekret, welches alsbald insinuirt worden war, ergieng, war die sehr kritische Lage des Lotto kein Geheimniß mehr für die Burgkanzley. Sie schrieb selbst am 18ten Jun. d. a. an die Gebrüder Titien, daß man schon vor der letztern Ziehung vernehmen müssen, daß Josephus sich mit Acceptir- und Girirung vieler Wechsel abgäbe, und daß deren schon verschiedene mit Protest zurück gekommen und noch mehrere bald folgen dürften.

Man habe sich daher zu einer Untersuchung veranlaßt gesehen, und einen sichern Faustinus, der bey dem Institut engagirt sey, und die meiste Kenntniß davon habe, gleich nach der Ziehung arretiren lassen, aus dessen Inquisition sowohl, als aus den erfolgten Klagen sich ergeben habe, daß für viele tausend fl. dergleichen Wechsel mit großem Verlust, ja oft unter der Hälfte verhandelt, und indessen zu Erhaltung des Kredits vom Josephus, als Generaldirector, mit zwey Juden ein Vergleich auf beynahe 10000 fl. getroffen

und

und zu deren Sicherheit die Titiusischen deponirten Wechsel verhypothecirt worden seyen.

§. 23.

Daß die beyden *Titii* der Kanzley auf dieses Schreiben nicht geantwortet, sondern nur ihre Gedanken in einem unterm 10ten Jun. d. a. an den Kanzleydirector erlaßnen Brief geäußert haben, zeigt sich aus einem anderweiten Erlaß der Kanzley an eben dieselbe vom 28sten Junius e. a., worinn sie sich unter andern dahin ausläßt: daß sie beklage, daß sie ihr gänzliches Vertrauen allein Leuten gegeben, die der Führung eines dergleichen Werks entweder nicht gewachsen, oder doch mit der erfoderlichen Gesinnung gegen das Publicum eben so wenig, als gegen ihre eigne Interessentschaft begabt seyen.

§. 24.

Ungeachtet nun das K. St. in einem fernern Dekrete, auf eine pro in contumaciam non informantis decernendo petito mandato übergebne Supplik, der Burg den Bericht in dieser keinen Verzug leidenden Sache, wie sich das Dekret ausdrückt, verabfolgen zu lassen, aufgegeben hatte, so wurde der erwähnte Bericht doch erst am 19ten August 1776 übergeben.

In demselben glaubte die Kanzley, daß sie die Justitz nicht geschwinder, als sie gethan, hätte administriren können; daß aber die Klage so beschaffen gewesen wäre, daß a praecepto nicht hätte angefangen werden mögen, indem das Hauptcajusische Instrument die Clausulam; „mit oder ohne Recht,“ nicht habe;

Die Foderung an den Cajus gehe den Josephus nichts an;

Dadurch, daß der Implorant gegen den letzten, nachdem die 3 stipulirten Termine bereits im Sept. 1775 abegelaufen gewesen, nicht geklagt habe, seye dem Executivrecht entsagt worden;

Der zwischen Cajus und Josephus verabredete Accord seye über eine Sache getroffen worden, an die ersterer kein Recht gehabt habe, indem derselbe mit seinem Gesuch um ein Lotto-Privilegium, da er in präclusivischen Fristen die auferlegte Bedingungen nicht habe erfüllen können, abgewiesen worden wäre;

Die ausbedungne Ratification der Interessenten sey so wenig, als die obrigkeitliche Confirmation erfolgt, die Foderung werde in den beyden Hauptdocumenten verschieden, einmal auf 1300, das anderemal auf 1350 fl. angegeben;

Der

Der Mandatarius der Interessenten, Nicolaus, habe absque mandato speciali consentirt;

Das neue Lotto sey erst im Sept. 1775 zu Stande gekommen;

Der deponirte Fond wäre zur Sicherheit der Spieler bestimmt, mithin kein objectum arresti; und das Angreifen der Lottocasse würde das ganze Institut gesprengt haben;

Zudem sey die Schuld nicht zum Behuf des Lotto contrahirt worden; Kläger habe einen Arrest gegen den Cajus zwar schon im October 1774 impetrirt, aber nach erhaltener Befriedigung durch Effecten wieder relaxiren lassen;

Bey welchem Vorfalle endlich Cajus, daß diese Effecten über 400 fl. werth gewesen, daß er den Werth der Foderung nicht erhalten, und noch manche Einreden dagegen zu haben behauptete, auch von dem Kläger damals Caution von wenigstens 1500 fl. pro reconventione et expensis gefodert habe.

§. 25.

In dem von klägerischer Seite darauf übergebenen Gegenberichte ward auf die eben erwähnte, im Bericht enthaltene, Einreden geantwortet:

Daß die im Hauptinstrumente enthaltene Worte: *sub clausula executiva*, mit denen

„mit oder ohne Recht,“ von gleicher Wirkung wären;

Daß Josephus, indem er die Foderung übernommen, Schuldner geworden sey;

Daß es von des Klägers Willkür, ob und wann er klagen wolle, abgehangen hätte;

Da Josephus Director des neuen Lotto (wie ihn das Privilegium selbst nenne) geworden, und mit seinen Interessenten in die Schuld eingetreten sey, so relevir es nichts, wenn auch Cajus das cedirte Directorium nicht gehabt habe;

Die Confirmation wäre überflüssig gewesen;

In Ansehung der verschiedenen Angabe der Schulden hätte nur auf die im Hauptinstrumente angegebene Summe gesehen werden können;

Der Nicolaus sey überhaupt zu Besorgung der Lottoangelegenheiten bevollmächtigt gewesen;

Der Fond könne, wenn keine Gewinnste aus demselben zu bezahlen wären, zu Schulden wohl angewendet werden;

Ueberdas aber seyen zur Zeit der Klage mehrere Tausende in der Lottokasse gewesen, der überhaupt, wenn sie solvent wäre, der Arrest nichts geschadet, im entgegengesetzten Falle aber viele, die sonst betrogen worden wären, gesichert hätte;

Der

Der Arrest hätte auch auf des *Josephi* Effecten gelegt werden sollen;

Die Ahndung einer auf dem Verzug haftenden Gefahr sey durch die wirkliche Einstellung der Ziehungen bestätigt worden, welch allem nach beklagte Burg für den daraus erwachsenen Schaden haften müsse;

Der gegen den Cajus erkannte Arrest beweise gerade, daß damalen recht, diesmal aber unrecht verfahren worden, um so mehr, als durch Uebernehmung der Foderung von Seiten des Lotto derselbe noch mehr Kraft erhalten habe;

Einige Mitglieder der Burg seyen bey dem Lotto selbst interessirt;

Durch die nach relaxirtem Arreste extradirten Cajusischen Effecten seyen blos die dabey gehabten Unkosten ersetzt, der Arrest aber eben deswegen relaxirt worden, weil Josephus und die Lottointeressenz die Schuld übernommen habe;

Die damalige Cajusische Supplik pro imponenda cautione beweise um so weniger, da sie älter, als die Cession, sey;

Wie nun die von dem K. K. G. erkannte Ordination nicht befolgt worden sey, als werde um das retro gebetene Mandat, oder in eventum, pro Citatione ad videndum se teneri ad restitutionem damni ex omissione officii judicis causati gegen die Kanzley der Burg zu W. gebeten.

Worauf dann am 25sten Octob. 1776 das nachgesuchte Mandatum (vid. retro §. 21) zwar abgeschlagen, die gegen die Kanzley im Gegenberichte gebetene Citation aber erkannt, allein in der Expedition gegen die Burg gerichtet, und am 2ten Nov. d. a. insinuirt wurde.

§. 26.

Der klägerische Anwalt reproducirte die erkannte Ladung am 8ten Jenner 1777, und legitimirte sich zu den Acten, welches letztere Dr. N. Namens der Burg zu W. durch Producirung Copiae signatae gemeinhabenden Gewalts am 10ten Jenner d. a. gleichfalls that.

§. 27.

Daß indessen die oftererwähnten Josephus und Nicolaus von der Burg zu W. mit Arrest belegt worden, erhellte aus den denselben von der Burg abgefoderten und am 11ten Febr. 1777 abgegebenen Erklärungen über die Beschaffenheit der klägerischen Foderung, welche nachher vom beklagten Theil zum Behuf seiner Exceptionen gebraucht wurden, wogegen sich aber die klägerische Einreden leicht zum voraus denken lassen, weswegen auch in facto nichts sicheres daraus entnommen werden konnte.

§. 28.

§. 28.

Merkwürdiger ist eine unterm 31sten März c. a. von dem Vater der beeden oftererwähnten Titien an die Burg erlaßne Vorstellung, worinn er behauptet, daß seine Söhne nicht bey dem Lotto interessirt gewesen, daß ihnen von nichts, was dasselbe betroffen, Nachricht gegeben worden, daß sie daher unbilliger weise ungehört zu Bezahlung einer von dem Josephus nicht unterschriebenen und von ihme selbst für illiquid erkannten Debitnote von 3800 fl. condemnirt worden, da man doch die Activfoderungen des Josephus von 5578 fl., nach welchen das activum um ⅓tel das passivum überstiege, nicht für liquid angenommen, ja so gar die eine Activnote von 3500 fl. deswegen ganz unterdrückt habe, weil sie einige Mitglieder der Burg betroffen hätte, weswegen es denn um so härter sey, daß der Mandatarius seiner Söhne, der oft angeführte Nicolaus, seines schon über 25 Wochen erduldeten Arrestes nicht anders, als gegen eine Caution, entlassen werden wolle; Er sagt endlich gerade zu, daß er deswegen keine Justiz von der Kanzley erwarte, weil der Kanzleydirector Parthey und Richter zugleich, und hauptsächlich mit interessirt sey.

§. 29.

Am 14ten April 1777 übergab der Anwalt des beklagten Theils Exceptiones, welche die eben (§. 27.) gedachte Erklärungen des *Josephi* und *Nicolai* zu Beylagen haben.

Es ward in dieser Exceptionsschrift, daß ein Mitglied der Kanzley bey dem Lotto interessirt gewesen, widersprochen, und solche Beschuldigung für eine Verleumdung ausgegeben, und den Haupturkunden, daß sie nicht recognoscirt seyen, entgegen gesetzt, sodann ferner außer Wiederholung des im Berichte schon gesagten, annoch eingewandt:

Daß man, da in dem Cessionsinstrumente, über die übernommenen Foderungen Assignationes auszustellen oder Lottoausstände dafür anzuweisen, versprochen worden, bey der Klage des Imploranten nicht hätte wissen können, ob nicht ein oder das andere geschehen wäre;

Es sey zwar in der Cajusischen Obligation, nicht aber in dem Josephischen Uebernahmsinstrumente, auf welches doch geklagt worden, clausula executiva enthalten;

Cajus habe das Lottodirectorium nie gehabt, mithin hätte er solches auch dem Josephus, der es erst lange nachher von den Interessenten bekommen, nicht abtreten können;

Die

Die Generalcasse seye verpfändet gewesen, der Arrest aber auf die vorräthigen Lottogelder, die blos für die Gewinnste bestimmt wären, eventualiter ohne Anzeige einer Gefahr, ohne geleistete doch nöthige Caution und ohne Bestimmung, auf welche Gelder, begehrt worden;

Die mißliche Lage des Lotto sey damals noch nicht bekannt gewesen, überdies wäre bey Arrestgesuchen vieles dem Arbitrio Judicis überlassen, für den ohnehin die Präsumtion streite;

Opposita itaque exceptione non competentis actionis gegen die Burg oder deren Kanzley wäre Kläger an das forum des *Josephi* (die Burg) zurückzuweisen;

Auf die Schuld selbst und deren Liquidität brauche man sich nicht einzulassen, doch erhelle aus den beygelegten Aussagen der inhaftirten Inquisiten *Josephi* und *Nicolai*, wie manches noch derselben entgegen gesetzt werden könne, insonderheit, daß es an einem objecto Executionis ermanglen werde.

§. 30.

In den darauf übergebenen Replicis ward den Exceptionen hauptsächlich entgegengesetzt:

Daß, ob ein Kanzleymitglied beym Lotto interessirt gewesen oder nicht, zur Sache nichts

 thue,

thue, aber doch aus der Vorstellung des Vaters der beyden Titien, (die oben §. 28 erwähnt worden ist) erhelle, und auch sonst zu erweisen stünde;

Die klägerische Intention werde durch die ergangne kammergerichtliche Ordination noch mehr gegründet;

Wenn es an der Recognition der Hauptinstrumente fehle, so seye es der beklagten Kanzley Schuld, die solche ex officio hätte sollen recognosciren lassen;

Die oben (§. 6.) erwähnten Briefe des Cajus und Josephus an den Kläger bewiesen aber die Anerkenntnis genugsam;

Zur Ratification der übrigen Interessenten sey die Vollmacht des Nicolaus (die hier §. 11. schon im Auszuge vorgekommen ist,) hinlänglich gewesen, da es ausdrücklich darinn heiße, daß, wenn er einer weitern bedürfe, solche auch darinn enthalten seyn solle;

Der Mitinteressent Antonius habe auf des Nicolai Mandanten compromittirt; (vid. oben §. 10.);

Die beklagte Kanzley könne das große in den *Nicolaum* von den Interessenten gesetzte Vertrauen selbst nicht in Abrede stellen;

Die Richtigkeit der Schuld zeige sich sowohl, als die Ratification der Uebertragung derselben aufs Lotto, aus den Nicolausischen und

und Titiusischen Briefen, und aus den Schreiben des Cajus (vid. retro §. 6. 12. 14. 17 u. 18);

Die an sich zwar unnöthige obrigkeitliche Bestätigung seye jedoch in dem neuen Privilegium, welches die Cession des Lotto, mithin auch alle praeparatoria dazu confirmire, wo nicht expresse, doch tacite enthalten;

Nachdem die stipulirten Termine nicht eingehalten worden: so komme es auf jene abgeredete Zahlungsarten nicht an;

In der Cessionsurkunde seye die Clausula executiva nicht nöthig, da Josephus die Schuld mit allen Verbindlichkeiten des Cajus übernommen habe;

In einem beygelegten Depositionsschein nenne die Kanzley selbst den Cajus Director, und daß Josephus es gewesen, stelle sie nicht in Abrede;

Bey habender Generalhypothek wäre eine specifike Bestimmung eines Arrestsobjects unnöthig, und daher die in der ersten Klage bey der Burg geschehene hinreichend gewesen;

Bey einem Lotto, das mit jeder Ziehung gesprengt werden könne, hafte beständig Gefahr auf dem Verzug;

Die Lottocasse, welche den Interessenten gehöre, müsse auch für alle ihre Schulden haften; zur Zeit der Klage seyen über 1000 Rthl. in derselben, mithin nach Abzug der ein-

geklagten Foderung noch Vrrrath für allenfallsige Gewinnste gewesen;

Nach dem oben erwähnten Briefe des Nicolaus (vid. retro §. 19) sey das Lotto damals schon in so übeln Umständen gewesen, daß niemand mehr eingesetzt habe;

Die Burg habe für 30000 fl. Wechsel in Händen gehabt, wozu die pro damno vitando streitenden Gläubiger mehr Recht, als die pro lucro streitenden Spieler, hätten; wenigstens hätte doch Sicherheit verschaft werden müssen, wogegen besonders bey einem debito liquido keine Caution nöthig gewesen wäre;

Die Kanzley habe nach ihrem eignen Schreiben (vid. §. 22.) die üblen Umstände des Lotto wohl gewußt;

Ihr Forum, da sie Richter und Parthey zugleich seyn würde, finde nicht mehr Statt;

Die Aussagen der Inquisiten Josephus und Nicolaus, als von Leuten, die wegen Betrügereyen von beklagtem Theil selbsten inhaftirt seyen, die demselben natürlicher Weise zu gefallen reden würden, verdienten um so weniger Rücksicht, als sie an sich vag, ungewiß und irrelevant seyen; wie man es nun mit diesen Leuten nicht, sondern mit der Kanzley zu thun habe, so liege nichts daran, ob bey jenen ein Objectum Executionis erfindlich seye, oder nicht: Es werde demnach, wie vorhin gebeten.

§. 31.

§. 31.

In duplicis äußerte die beklagte Kanzley, nebst häufigen recoctis ferner: daß die klägerische Schuld nicht zum Behuf des Lotto, sondern, wie aus einem Cajusischen von dem Kläger selbst der Replik beygelegten Schreiben erhelle, aus ganz andern Absichten contrahirt worden, von den in der Cessionsurkunde aber weiter zugesetzten 50 fl. sey gar keine causa debendi ersichtlich, außer daß es scheine, daß es eine Waarenschuld seye; am Lotto könne Kläger die ihm verschriebene Diskretion nicht verdient haben, da es damals noch nicht existirt und er auch zu W. etwas auszuwirken nicht vermocht;

Nicht dem Cajus, der vielmehr abgewiesen worden, sondern den beyden Interessenten Titien sey das Privilegium ertheilt worden, Cajus habe also, was er selbst nicht gehabt, cediret; von 1772 an, wo das alte Lotto aufgehört, bis im Sept. 1775, wo das neue privilegirt worden, habe gar kein Lotto bestanden. Hierdurch sey der Cessionscontract auch quoad materiam so wie schon circa formam nichtig, und könne insondergeit die Interessenten als tertios um so weniger verbinden;

Als die Vollmacht auf den Nicolaus von ihnen zwey Monate später ertheilt sey, als die Cession geschehen (vid §. 9 u. 11.);

Auch

Auch sey solche nicht zu Contrahirung von Schulden, sondern zu Besorgung des Besten des Instituts ertheilt worden;

Die clausula generalis grati und rati sey in praxi und nach der Meynung der DD. nicht hinreichend;

Die Versicherung des Josephi sey an den Stadtschultheiß Caspar ausgestellt, und aus derselben nicht ersichtlich, daß die beyden Titien etwas davon gewußt (vid. §. 12.);

Der Brief des einen von diesen an den Kläger (§. 17.) seye nicht genug, da jener nur einer der Interessenten gewesen;

Es werde die ganze Schuld gefodert, da doch durch Cajusische Effecten ein Theil derselben getilget, wenigstens nicht gezeigt worden, wo dieselbe hingekommen;

Da der Kläger selbst zum Empfang dieser Effecten eine Specialvollmacht ertheilet, wie viel nöthiger würde eine solche zu Contrahirung einer Schuld gewesen seyn; die clausula executiva in der Cajusischen Obligation sey nur auf das darinn verpfändete eigne Cajusische Vermögen gegangen (§. 5.), in der Cession also, wo novus debitor, novum objectum Executionis bestimmt worden, hätte sie wiederholt werden sollen;

Gewinnste, Besoldungen, Ziehungskosten würden immer noch vor der klägerischen Foderung den Vorzug gehabt haben; endlich

aber

aber habe ja Kläger den Cajus noch nach der Cession angegangen, ihn mithin als seinen Debitorem angesehen (vid retro §. 14.).

§. 32.

Außer dieser gesetzlichen Schriftenzahl, ward annoch von jedem Theil eine übergeben, von klägerischem ein Submissionsreceß, aus dem nur zu bemerken ist, daß darinn angeführt wird:

In der Cession sey, daß die Schuld das Lotto angehe, anerkannt, und wenigstens sey das auch in so fern gewiß, daß, wenn Cajus dieselbe hätte bezahlen müssen, er zum Lotto nichts übrig behalten haben würde, die weitere 50 fl. seyen gleichfalls baarer Vorschuß; das neue Lotto sey doch bald darnach unter Direction des Debitoris *Josephi* zu Stande gekommen; die Cessionarii hätten nichts gegen die Form des Contractes eingewandt; Cajus sey von beklagter Kanzley kurz vorher in dem Depositionsschein selbst Director genannt worden (vid. §. 4.). Da der Arrest gegen den Cajus vorhin erkannt worden, so hätte auch gegen den Josephus ein gleiches geschehen sollen; Kläger habe deswegen nachher noch den Cajus angegangen, weil derselbe ihm noch außerdem 350 fl. schuldig gewesen sey.

Aus dem beklagter Seits producirten Gegensubmissionsreceß ist weiter nichts zu bemerken

ken übrig, als daß es darinn heißt, daß gegen den Cajus vorhin deswegen der Arrest erkannt worden, weil damals aus dessen eigner Obligation geklagt worden wäre.

§. 33.

Die Entscheidung über diese Verhandlungen erfolgte durch das Urtheil vom 31sten Jenner 1783, durch welches die Kanzley der Burg zu W. dahin condemnirt ward, daß die, zur Zeit der am 23sten May erkannten und am 7ten Jun. 1776 insinuirten Ordination zur Justitzverwaltung daselbst angestellt gewesene Personen die eingeklagte Summe à 1300 fl., samt den a dato insinuationis aufgelaufenen Reichsüblichen Interessen, und zwar in solidum, nach Abzug der vom Kläger erhaltenen Zahlung, Klägern zu bezahlen schuldig erklärt, ihnen jedoch der Regreß gegen die Lottointeressenten vorbehalten wurde, cum condemnatione in expensas.

§. 34.

Hierwider bediente sich nun der condemnirte Theil des Mittels der Restitution, und ließ den Restitutionslibell mit Anlagen von Num. 1 bis 8 begleitet einreichen, aus welch letztern, das ist, aus den Anlagen, sich folgende Facta ergeben, oder ergeben sollten:

§. 35.

Am 31sten Decembris 1774 übertrug Nicolaus als Mandatarius der Brüder Titien dem Josephus das ihm bereits (wie es in der hierüber beygebrachten Anlage Num. 6 heißt) von dem Cajus als vorhinnigen Director mit Wohlgefallen der Interessenten cedirte Generaldirectorium des Lotto, und legte ihm eine sehr uneingeschränkte Gewalt bey.

§. 36.

Den nämlichen Tag aber soll Nicolaus, Namens seiner Mandanten, Ausweis der Beylage Num. 7., die jedoch blos die Unterschrift des Nicolaus hat, mit dem Josephus einen Vertrag in 5 Puncten eingegangen haben, daß, nachdem die Brüder Titien sich von dem Institut zurückzuziehen bewogen fänden, sie zwar geschehen lassen wollten, daß die Actien unter ihrem Namen fortgeführt werden sollten, und sie versprächen,

1) daß sie nach geschehener Cession des Lotto von dem Cajus an den Josephus fünf vom letztern ausgestellte Wechsel à 5000 fl., jedoch unter der Bedingung acceptiren wollten, daß Josephus eben so viel von gleicher Summe und eben den datis nicht nur acceptire, sondern auch über erstere einen Mortificationsschein ausstelle, und nach der Auswechselung

bey

bey der Burg die dem Cajus acceptirte Wechsel à 35000 fl. remittire. Sie verlangten von den Actien keinen Profit, den sie so wie allen Schaden dem Josepho, auch demselben frey ließen, ihre Actien andern zu geben und dafür den Werth zu deponiren;

2) solle Josephus die Wechsel baldmöglichst gegen die alsdann zurückempfangende Gegenwechsel und Mortificationsscheine, indessen aber gleich die Recognition der Burg originaliter remittiren;

3) solle er die auf ihn ausgestellten Gegenwechsel à 25000 fl. sogleich acceptiren, und den Mortificationsschein ausstellen, auch gleich nach der ersten Ziehung andere Actionairs zu engagiren, deren Wechsel zu deponiren und den Brüdern Titien die ihrigen zu remittiren bedacht seyn;

4) da die Titien im April schon 3150 fl. zum Institut hergegeben, auch andere Kosten verwendet; als sollten diese, wie die Auslagen ihres Mandatarii Nicolaus, von dem incasso des von dem (oben §. 10. erwähnten) Interessenten Antonius acceptirten Wechsels abgezogen, der Rest aber dem Josephus eingeliefert werden, wozu Nicolaus anmit angewiesen seyn solle;

5) wie sie (die Titien nämlich) nichts vom Lotto verlangten, als begäbe sich auch Josephus aller jetzt und künftiger Ansprüche an

sie,

sie, erkläre daher die erhaltenen Wechsel für ungiltig, auch was ihm unter dem Schein, als wenn sie noch wirklich Interessenten wären, in ihrem Namen zukommen werde, so wie den unterzeichneten Subscriptionsplan für ein bloßes pro forma, wie es in Rechten am kräftigsten und bündigsten geschehen könne und möge: der Contract solle in duplo gefertigt und unterschrieben werden.

§. 37.

Nach einem Inquisitionsprotocoll vom 24sten May 1776 (N. 2.) war schon damal bey der Kanzley die Anzeige gemacht, daß von dem Lotto! falsche Wechsel herumliefen, und der bey dem Lotto engagirte oben §. 22. erwähnte *Faustinus* schon an dem nämlichen Tage arretirt worden.

§. 38.

Ein anderweites Protocoll vom 18ten Octob. e. a. (Num. 3.) zeigt, daß die Burg einen eigenen Abgeordneten zu den Titien geschickt, aus dessen Relation sich ergeben, daß diese sich auf eine Revocation und Annullation ihrer Interessentschaft und Wechsel berufen, daß man darauf an eben dem Tage den Josephum zum Protocoll vernommen, der dann ausgesagt: Daß die Titien, die mit dem Cajus das Lotto errichten wollen, zu dem Ende

1000 Rthl. baar, 20 mfl. in vier Wechseln, von einem sichern Petrillo 15 mfl. in drey Wechseln, einen Wechsel von dem Antonius à 10 mfl. und einen von Friedrich à 5 mfl. zum Fond deponirt hätten. Cajus habe aber mit dem Geld nicht gut gewirthschaftet, ihn daher zu Abholung von 5000 fl. zu den Titien geschickt, welches aber vergeblich gewesen sey, Cajus habe ihme darauf das Directorium cedirt, worauf ihm auch die Instruction und Vollmacht von dem Nicolaus, die Antonius und Friedrich genehmigt hätten, zugestellt worden sey; Wie aber die erwähnten Wechsel theils wieder zurückgenommen, theils andere deponirt worden seyen, zeigten die Depositionsscheine, und es wäre solches der Kanzley kündig. Die Titiusische Bestellung und Vollmacht sey schon bey den Acten, und wenn es die von dem Antonius und Friedrich noch nicht seyn sollte, so wolle er sie gleich andern Tags in originali produciren. Außer den bereits genannten sey kein weiterer Interessent, als noch ein sicherer Hieronymus in S. mit einer Actie zu 1000 fl. Endlich könne er betheuren, daß ihm von einer Annullation oder Revocation der deponirten Wechsel nie etwas zugekommen; vielmehr ergebe sich aus den zwischen den Titien und etlichen Juden zu F. verhandelten Acten, daß gedachte Wechsel nur zur Sicherheit der Spieler deponirt seyen. Blos von einem von dem Nicolaus entworfe-

nen

nen Aufsatz sey ihm etwas bekannt, worinn versprochen worden, daß, wenn ein oder der andere jener Wechseln angegriffen werden sollte, er Josephus den Titien dagegen andere zu ihrer Sicherheit einhändigen solle, welches auch geschehen, und könne er das Original jenes Aufsatzes produciren.

Der Josephus hat darauf auch sogleich auf Begehren die Einwilligung des Antonius und Friedrich in seine Bestellung zum Generaldirector originaliter ad acta gebracht.

Gleich andern Tages (am 19. Octob. 1776 nämlich) wurde darauf Nicolaus auf die Hauptwache gesetzt, Josephus aber mit Hausarrest belegt, und wegen Versicherung der beyden Titien eben die nöthige Requisition zu erlassen beschlossen.

§. 39.

Von denen weiter in einer Beylage Num. 4. angezeigten deponirten, aber (wie im Libell selbst gesagt wird) schlecht gewordenen Wechseln attestirt der Burgregistrator unterm 15ten May 1787, daß sie noch dermal vorhanden seyen; Und ferner ist noch der von dem klägerischen Anwalt zu W. über die den 1. Nov. 1774 nach relaxirtem, vorhin gegen den Cajus bey der Burg impetrirten, Personal- und Realarrest, in Empfang genommene Cajusische Effecten ausgestellte Schein Num. 5. beygebracht.

§. 40.

Außer diesen neuen Urkunden, war dem Restitutionslibell noch der schon in den Voracten dagewesene und hier oft erwähnte Cessionsact vom 1sten Nov. 1774 unter dem Num. 1. beygelegt, von dem behauptet ward, daß er von dem Kläger bey seiner ersten Klage zu W. so produciret worden, und daß darunter die Unterschrift des Cajus ermangelt habe, die sich aber unter eben dem producto wirklich befand.

So war demselben auch das schon vorgekommene Schreiben der Kanzley an die Titien vom 10ten Jun. 1776 (vid. retro §. 22.), welches diesen von der üblen Lage des Lotto Nachricht giebt, abermal unter Num. 8. beygelegt.

§. 41.

In dem Restitutionslibell selbst ward angeführt:

Kläger habe Anfangs gegen die Burg, in dem Gegenbericht aber erst gegen die Kanzley, angerufen, das Urtheil habe auch letztere condemnirt, da sie doch der beklagte Theil so wenig gewesen sey, als habe seyn können, indem sie nicht proprio nomine gehandelt hätte: Der Mitintereßent Antonius habe das, was die *Titii* zum Besten des Lotto thun würden,

den, genehmigen zu wollen, erklärt, wohin aber die Uebernehmung einer Schuld nicht gerechnet werden könne;

Wenn eine Specialvollmacht für den Nicolaus nicht nöthig gewesen wäre, so würde es des Vorbehaltes der Ratification nicht bedürft haben;

Die Unterschrift wäre im Cessionsvertrag bedungen worden, daß sie aber nicht erfolgt wäre, zeige die Num. 1. beygelegte Copey (vid. retro §. 40.) der am 17ten May 1776 mit der Klage übergebenen Cessionsurkunde;

Die den 19ten Nov. 1774. auf den Nicolaus ausgestellte Vollmacht gedenke der am 1sten Nov. e. a. geschehenen Cession nicht, könne mithin ad praeterita nicht gezogen werden;

Aus den Anlagen N. 2. 3. (vid. retro §. 37 u. 38.) erhelle, daß man den Nicolaus und den Josephus erst respective am 24sten May und 14ten Octob. 1776 für Betrüger habe halten können;

Der nach dem Attestat Num. 4. (vid. §. 39.) noch jetzt vorhandene Wechselfond hätte den Interessenten, und nicht dem Josephus, gehöret, Effecten aber hätte dieser nicht gehabt; aus den datis der Relation des Cajusischen Arrestes (vid. retro §. 8.) und des nach Num. 5. (vid. §. 39.) wirklich geschehenen Empfangs desselben Effecten und daraus, daß Josephus alle Schulden des Cajus übernommen, ergebe

 sich,

sich, daß der Kläger selbst das Lotto mit zu errichten verstanden gewesen sey;

Friedrich, der doch auch Interessent gewesen, (vid. §. 38.) hätte die Cession nicht genehmigt;

Nicolaus habe den Josephus nach Num. 6. (vid. §. 35.) zum Generaldirector bestellt, darauf aber am nämlichen Tage den schändlichen Contract Num. 7. (vid. §. 36.) mit ihm errichtet, den man erst bey der Inquisition herausbekommen habe;

Bis zum 10ten Jun. 1776 hätte man wie Num. 8. zeige (vid. §. 40.) die *Titios* für ehrliche Leute und für solvent gehalten, Kläger aber habe alles das gewußt, und sey gerade vor der Ziehung mit seiner Klage eingekommen;

Die Lottocasse gehöre erst nach der Ziehung, und nach bezahlten Gewinnsten, den Interessenten;

Der Fond wäre Sicherheit genug für den Kläger gewesen, man hätte ihn jedoch ohne Genehmigung der Interessenten nicht angreifen können, wolle aber, wenn solches das K. Gr. verordne, dem klagenden Theil gleich Wechsel davon aushändigen;

Wären die Wechsel indessen schlechter geworden, so hätte Kläger sich es beyzumessen, daß er sich mit solchen Leuten, die er doch habe kennen müssen, abgegeben habe;

Die

Die Actio subsidiaria finde nur ob grävem culpam Statt, und da sie nur in subsidium gegeben seye: So hätte dargethan werden müssen, daß von dem Hauptdebitore nichts zu erlangen wäre;

Dem Angeben, daß der Kanzleydirector Mitinteressent des Lotto gewesen, werde widersprochen: dasselbe rühre von dem Titiusischen Vater, mithin von einem tertio her; Josephus habe auch in der Inquisition alle Interessenten, aber keinen von der Kanzley genannt, wahrscheinlich aber sey der Vater der Titien mit seinen Söhnen unter einer Decke gesteckt.

§. 42.

Von klägerischer Seite ward hierwider ein Contradictionsreceß producirt, und darinn auf den eben ausgezogenen Innhalt des Restitutionslibells im Hauptwesen geantwortet:

Daß ja die jenseits Num. 1. producirte Cessionsurkunde wirklich vom Cajus unterschrieben seye, aus den vom Beklagten selbst Num. 2 und 3 beygelegten Protocollen erhelle, daß sie zur Zeit des ertheilten Dekrets vom 20sten May 1776 die Lage des Lotto wohl gewußt hätten; die Ziehungen dürften nicht in praejudicium tertii geschehen, der Arrest hätte aber auch allenfalls auf das, was nach der Ziehung übrig geblieben wäre, gelegt wer-

den können; da nach dem Privilegium der Fond zur Sicherheit der Einsätze bestimmt seye, so wäre nicht dieser, sondern die Casse Objectum arresti gewesen; Daß die Wechsel noch vorhanden seyen, hätte beklagter Theil vor der Urtheil wissen müssen, es wäre dies also kein novum, die Kanzley hätte es nur sagen sollen, da Kläger es nicht habe wissen können, rumor vielmehr gewesen sey, daß sie verflogen wären; Daß Kläger Theil am Betrug gehabt habe, seye nirgends erwiesen; Allein selbst der Fond wäre, da ex confessis die Wechsel schlecht seyen, keine Sicherheit gewesen; Beklagte könnten sich allenfalls daran erholen; da aber die Wechsel schlecht seyen, so ergebe sich daraus ein dolus der Kanzley, daß sie solche angenommen, da sie doch vorher dem Cajus aufgegeben habe, gute acceptirte Wechsel von bekanten Handelshäusern zu deponiren; Fänden Beklagte den Vorwurf, daß einer aus ihnen Interessent des Lotto gewesen, beleidigend, so müßten sie sich diesfalls an den Titiusischen Vater, der es ihnen ins Gesicht gesagt hätte, halten.

§. 43.

Beklagter Seits ward nun zwar auch noch ein replicirender Schlußreceß producirt, der aber gar nichts neues oder erhebliches enthielt, und auf den auch von der Gegenseite nichts

nichts geantwortet, vielmehr das Urtheil und Mandatum de exequendo gebeten, auch von beklagter Seite darauf ad Sententiam submittiret wurde.

Beurtheilung.

§. 44.

Man muß nun nach der bisherigen Erzählung freylich zugeben, daß es, wie die Sache in voriger Instanz vorlag, und insonderheit bey der ersten zu W. eingereichten Klage, der Kanzley selbst bedenklich scheinen konnte, ein mandatum S. C. in dem Verstande, wie dergleichen von den höchsten Reichsgerichten erkannt zu werden pflegen, zu erkennen. Der stärkste Grund hiervon scheint unter andern der zu seyn, indem in der Cajusischen Obligation dessen Privatvermögen sub clausula executiva verpfändet war, hingegen in der von dem Josephus geschehenen Uebernahme der Schuld die Lottogelder substituirt, die clausula executiva aber nicht wiederholt worden war.

§. 45.

Doch es ist nicht nöthig, sich hierbey aufzuhalten, und noch mehrere Gründe anzugeben oder zu prüfen: Es kam hierauf nicht an; denn dies war es nicht, was der Kanzley verargt wurde, vielmehr hatte das K. St. selbst das in dieser Rücksicht gebetene Mandatum de

administrando celerem Justitiam (wie aus der Proceßgeschichte §. 25. erinnerlich ist) simpliciter abgeschlagen.

Darauf kam es allein an, ob die Kanzley nicht den gebetenen Arrest hätte erkennen sollen, und ob sie für den daraus, daß sie es nicht gethan, entstandenen Schaden haften müsse?

§. 46.

Hierbey ist fordersamst zu bemerken, daß die Kanzley erst in restitutorio den Umstand urgirte, daß die erste Klage nicht gegen sie gerichtet gewesen sey, sondern allein erst im Gegenberichte gegen sie angerufen, darauf auch gegen sie das Urtheil erlassen worden sey, ungeachtet sie doch nicht proprio nomine gehandelt habe.

§. 47.

Die mutatio petiti hat ihre Richtigkeit; Anfangs war nur pro Mandato gegen die Burg angerufen. Erst der Gegenbericht war gegen die Kanzley rubricirt, und eventualiter darinn die Citation gebeten. Dies verschlägt aber nichts; klagender Theil hatte dadurch nichts gethan, als was man oft, wenn man die Sache zu einem nachgesuchten Mandat nicht qualificirt findet, dem Kläger selbst zu thun auflegt.

§. 48.

§. 48.

Wo eine Citation über das eigentliche richterliche Verfahren erkannt werden sollte, war es ganz schicklich, daß diejenigen, welche das Richteramt verwaltet hatten, zur Rechenschaft gefodert wurden; und es würde nur ein Umschweif gewesen seyn, wenn die Ladung gegen die Constituenten der Richter, die sich doch an diese gehalten haben würden, hätte erkannt werden sollen. Es fand sich also darinn kein Bedenken.

§. 49.

Allein in der K. Gts. Kanzley war in Ansehung der Expedition wirklich gefehlt worden. Der Senat hatte die gebetene Citation erkannt; gebeten aber war diese gegen die Kanzley, ja solche war allein in rubro des Gegenberichtes angegeben. Die Expedition hätte also gegen die Kanzley gerichtet werden sollen, nicht aber, wie es geschehen war, gegen die Burg.

Da jedoch dieser Umstand erst in restitutorio geregt wurde, so relevirte er nichts, indem er in den Voracten schon hätte erinnert werden können. In diesen lag solcher schon vor, und der Judicialsenat bey der ersten Urtheil hatte sich daran nicht gekehrt, sondern doch die Kanzley condemnirt.

§. 50.

Die Grundsätze, welche bey einem nachgesuchten Arreste ihre Anwendung finden, sind oben §. 1 bis 3. vorgekommen. Vergleicht man solche mit dem unterliegenden Fall, so ergiebt sich, daß der Kläger zum allerwenigsten vero similiter, welches jedoch nur allein nöthig gewesen wäre, seine Foderung bescheinigt hatte. Er legte die ursprüngliche Schuldverschreibung vor, und docirte, daß der in loco gegenwärtige Josephus solche Foderung theils als ursprünglicher Selbstschuldner, theils als Lottodirector förmlich übernommen gehabt habe.

Es war, wenn man auch bezweiflen wollte, ob die in der Hauptverschreibung enthaltene clausula executiva in das Cessionsinstrument durch die Uebernehmung aller Verbindlichkeiten des ersten Schuldners mit übertragen gewesen sey, oben angeführter maßen die clausula executiva zur Arresteserkennung gar nicht nöthig.

§. 51.

Der scheinbarste Einwand mögte der seyn, daß der Cajus über die Lottogelder in der Cessionsurkunde zu einer Zeit disponirt, wo kein Lotto existirte, und ein Directorium übertragen

tragen hätte, das er zur Zeit der Cession nicht gehabt habe.

Allein, wenn zwar auch das alte Lotto in seinen Wirkungen aufgehört hatte, wenn gleich einige Jahre keine Ziehungen mehr geschehen waren; so war doch die Zeit von 10 Jahren, auf welche im Jahre 1770 das alte Lotto privilegirt worden war, im Jahre 1774 noch lange nicht verflossen.

Von dem Augenblicke an, als die Ziehungen aufgehört hatten, wurde von den nemlichen Interessenten zu Errichtung eines andern Lotto unter des *Caji* Direction, den die beklagte Kanzley selbst im May 1774 und noch den Tag vor der Cession Director und Entrepreneur nennt (vid. §. 4. und 9 in facto), gearbeitet.

§. 52.

In dem Privilegio für das neue Lotto wird nicht von Errichtung eines ganz neuen Instituts, sondern von einer Cession des alten Privilegiums und Instituts an neue Interessenten gesprochen, und diese bestätigt (vid §. 15.). War kein altes Institut mehr vorhanden, so hätte dieses eben so wenig cedirt werden können, als die Kanzley glaubt, daß der Cajus ein nicht gehabtes Directorium und Rechte an ein nicht vorhandenes Lotto hätte übertragen können; konnte aber jenes geschehen, so stand auch

auch diesem nichts im Wege. Es zeigte sich auch aus der Folge, daß bey dem neuen Lotto gerade die nemliche Interessenten, als bey dem alten, waren.

§. 53.

Es kam aber auch nicht sowohl darauf an, was Cajus übertragen, oder was er habe übertragen können? sondern zu Erkennung des Arrestes brauchte die Kanzley nur zu wissen: ob derjenige, gegen den er gesucht wurde, dem, der ihn suchte, wirklich etwas schuldig war?

Ob zur Zeit der Cession der Josephus Directeur gewesen, oder geworden, ob damal ein Lotto bestanden oder nicht? war gleichgiltig, eben so, ob die Schuld in Rücksicht auf das Lotto contrahirt, ob das Geld in dessen Nutzen verwendet worden sey, oder nicht?

Der Josephus hatte den Kläger zu bezahlen übernommen und die Lottocasse verpfändet; auch angenommen, daß die Schuld mit dem Lotto in gar keiner Verbindung gestanden, daß Josephus nicht Director gewesen wäre, als er sie übernommen, so war er doch, wie nirgends geläugnet wurde, Mitinteressent, und mußte es nothwendig seyn, da er in dem Cessionsinstrumente dem Cajus aus Freundschaft zwey Actien überließ (vid. §. 9. in facto), er hatte einen Theil an den Lottogeldern, und diese konnten und mußten wenigstens für

seine

seine daran habende ratam, so wie seine Effecten, mit Arrest belegt werden.

§. 54.

Der oben angeführte Müller ad Struv. l. c. not. e. Num. XII. sagt: „Arrestatur res debitoris, quatenus ad eum pertinet vel in totum sive ratione alicujus juris, ubi pars aliena separanda est. Hinc si debitor arrestandus in re, quae arresto constringi debet, portionem aliquam indivisibilem duntaxat habuerit, ratione istius locum habet, non vero tota res detinetur, quo tamen casu debitor, cujus culpa fit detentio, Socio, sive Consorti, si damnum aliquod ipsi evenerit, tenetur ad damni istius refusionem.“

Gieng also auch das Lotto durch den Arrest zu Grunde, so muste Josephus und nicht die Kanzley, deren Schuld es nicht gewesen wäre, dafür haften.

§. 55.

Allein das Lotto war wirklich bey der klägerischen Foderung (causa debendi mogte ab origine seyn, welche sie wollte) interessirt.

Der Cajus würde, wenn er den Kläger hätte bezahlen sollen, außer Stand gesetzt worden seyn, die Errichtung des neuen Lotto zu betreiben, welches der Josephus in einer

dem

dem Berichte selbst beygelegten Erklärung aussagte.

Dies hatte letztern auch außer dem noch, daß er zum Theil selbst von dem Gelde empfangen, die Schuld zu übernehmen, so auch die Interessenten, in die Zahlung aus den Lottogeldern zu willigen, bewogen.

§. 56.

Die Einwilligung des Titiusischen Mandatarii Nicolaus wurde bey dem Arrestsgesuche mit vorgelegt, so wie die derselben angehängte Vollmacht. Diese Vollmacht war, wenn auch, wie es noch darauf ankommt, mehr als eine Generalvollmacht erfoderlich gewesen wäre, hinreichend, indem sie ausdrücklich die Clausel enthielte, daß, wenn Nicolaus eine weitere brauchen würde, solche auch darinn enthalten seyn sollte (vid. §. 11.); Wenigstens war sie doch gewiß hinreichend, um der Kanzley die nur nöthige verosimilem causam arresti an die Hand zu geben. Dadurch ward ein um so größerer Theil der Lottogelder ein objectum arresti, indem, wie sich nachher gezeigt hatte, und die Kanzley wohl wissen muste, die beyden Titien die Hauptinteressenten waren.

§. 57.

Diese aber, die Titien nemlich, haben auch nachher sowohl stillschweigend, als ausdrücklich die Einwilligung ihres Mandatarii genehmiget. Letzterer gab ihnen Nachricht davon (vid. § 12.) und es constirte nirgends, daß sie wiedersprochen hätten, vielmehr interessirten sie sich selbst bey dem Kläger für den Josephus (vid. §. 17.) und gaben dadurch zu erkennen, daß sie von der Schuld sowohl wußten, als daß solche in Verbindung mit dem Lotto stünde.

Daß der Mitinteressent Antonius, mit Genehmigung dessen, was die Titien thun würden, auch eingewilligt hatte, darauf konnte man deswegen nicht sehr fußen, weil dieses der Kanzeley bey Nachsuchung des Arrestes nicht bekannt, sondern erst nachher in actis vorgekommen war.

§. 58.

Indessen war aber doch gewiß wahrscheinlich genug dargethan, daß wenigstens die Antheile des Josephus und der Titien an den Lottogeldern Objecta zum Arrest waren, und dies war genug; selbst aber auch war wahrscheinlich dargethan, daß die sämmtliche Interressentschaft dafür haften müsse, da der Lottodirector und zwey noch andere Hauptinteressenten bezeugten, daß sämmtliche Lotto-Gel-

der verpfändet seyen, die also, wenn es nicht wahr gewesen wäre (nicht aber die Kanzley) den übrigen Interessenten für einen daraus erwachsenden Schaden hätten haften müssen.

§. 59.

Daß sich der Kläger nicht deutlich genug erklärt habe, ob er den Fond oder die laufende Casse arretirt haben wolle, ist nicht andem. Er hatte sich sehr deutlich erklärt, er verlangte den Arrest auf die ihm NB. hypothecirte vorräthige Lottogelder.

In der Cession aber war ihm nicht der Fond, sondern die Casse zur Zahlung angewiesen.

Aus dieser müssen freylich die Gewinnste auch bezahlt werden. Allein, sie ist doch das Eigenthum der Interessenten, das für ihre Schulden haftet. Die Spieler risquiren auch um so weniger, wenn die Casse arrestirt oder zur Schuldenzahlung angegriffen wird, als sie ihre Sicherheit an dem dazu eigends bestimmten Fond finden.

§. 60.

Ein Gläubiger, der sich für Schaden wahren will, verdient auch wirklich (wie der Kläger ganz richtig äußerte) wenigstens eben so viel Rücksicht, als der nur Gewinnst-su-

chende

chende Spieler. Der angegebene Grund, daß die Spieler beym Arrest Gefahr laufen könnten, daß das Institut dadurch habe gesprengt werden können, hätte also die Kanzley den Arrest zu erkennen nicht abhalten dürfen. Ein Lotto, welches es so weit kommen läßt, steht ohnehin schon auf schwachen Füßen, und es hätte ja allenfalls die einstehende Ziehung, wie klagender Seits selbst gesagt worden ist, zu allem Ueberfluß abgewartet werden können.

§. 61.

Ob Gefahr auf dem Verzug hafte, muß bey einem Arreste freylich auch erwogen werden. Bey einem Lotto, das mit jeder Ziehung gesprengt werden kann, ist das ohnehin schon jederzeit der Fall. Daß aber das Lotto schon vor der Klage in sehr kritischen Umständen war, bewies der Brief des Nicolaus vom 20ten Jenner 1776 (vid. §. 19.) und das konnte doch der Kanzley nicht verborgen seyn? bezeugte es aber auch selbst kaum einen Monat nach der Klage in ihrem Schreiben vom 18ten Junius 1776 (vid. §. 22).

§. 62.

Noch eine Einwendung ist übrig, nemlich diese: daß Kläger, nach relaxirtem vorhin gegen den Cajus erkannten Arrest, dessen Effecten an Zahlung angenommen habe. Es ist

tig; dies geschahe aber vor der Cession an den Josephus. Wie nun dieser demungeachtet nicht blos so viel als Cajus, sondern noch 50 fl mehr dem Kläger schuldig zu seyn bekannte, so wird das klägerische Angeben, daß durch seine Effecten blos die Kosten bezahlt worden seyn, desto wahrscheinlicher.

Bey dem Arrest, der gegen den Josephus gesucht wurde, kam es ja nur darauf an, was dieser schuldig war, den die Kanzley, da er sich in loco befand, auf der Stelle so gut vernehmen konnte, als sie es in der Folge am 11ten Febr. 1777 zum Behuf der hier einzureichenden Exceptionen that; welche an diesem dato gefoderten Aussagen des Josephus und des Nicolaus, zweyer damals in inquisitione als Betrüger befindlichen Leute, übrigens gegen den Kläger super veritate aut liquiditate debiti nichts besonders gegen ihre vorhinnigen erwähnten Anerkenntnisse und ratihabitiones bewiesen.

§. 63.

Gesetzt, es wäre auch durch die Effecten des Cajus an der Hauptschuld etwas bezahlt gewesen, so wußte doch die Kanzley, daß diese Effecten nicht 1350 fl werth waren, daß mithin noch ein debitum vorhanden war, dessen quantum imposito arresto, immer noch

pro-

processu ordinario hätte untersucht werden können, exceptiones solutionis aber bis zur Execution nicht abgeschnitten sind. Arrest ist ja keine Execution, nur Sicherheit. Es benimmt solcher auch den mehr privilegirten Gläubigern ihr Recht nicht, dient vielmehr mittelbar zu ihrer eignen Sicherheit.

§. 64.

Daß endlich die Confirmationsurkunde von Seiten der Burg nicht erfolgt seye, trug zu deren Entkräftung nichts bey. Jene, die Confirmation nemlich, macht einen actum nicht mehr oder weniger giltig, wenn ers nicht an und für sich ist. Zudem aber hatte doch die Burg die Cession des Lotto confirmirt, und, da von keinem besondern Cessionsinstrumente hierüber constirte, so konnte es immer noch seyn, daß diese confirmirte Cession die nemliche war, welche die klägerische Schuld enthielt; der Kanzley hätte wenigstens obgelegen, wenn noch ein anderes Cessionsinstrument vorhanden wäre, solches beyzubringen.

§. 66.

Wie nun durch die Versagung des Arrestes bey dem darauf erfolgten Verfall des Lotto dem Kläger von den insolvent gewordenen und nach der verhängten Inquisition von der Kanzley selbst für Betrüger erklärten

nern seine Bezahlung zu erhalten, die Mittel entgangen waren, so gar auch die Kanzley die vom Kammergerichte mit dem Schreiben um Bericht erkannte Ordination nicht befolgt hatte: So war es sehr natürlich, daß die schon erwähnte Citation ad videndum se teneri ad restitutionem damni ex Omissione officii Judicis causati, und endlich das gleichfalls schon §. 33 angezogene erste Haupturtheil ergehen mußte.

§. 66.

Um so mehr war dieses Condemnatoriurtheil dem Betragen der Kanzley angemessen, als dieselbe den wahrscheinlich gemachten Vorwurf, daß Mitglieder von ihr beym Lotto interessirt, mithin Partey und Richter zugleich gewesen seyen, in der Duplikschrift nicht weiter wiedersprochen hatte. Beym alten Lotto war der Kanzleydirector unstreitig interessirt, und daß er's beym andern auch gewesen sey, sagte der Titiusische Vater der Kanzley ins Gesicht; sie wiedersprach dies zwar in den Exceptionen, in duplicis aber gieng sie stillschweigend darüber weg, obschon die Replick ihr diesen Vorwurf abermal gemacht hatte.

§. 67.

In restitutorio war nun nichts vorgebracht, das das Urtheil hätte ändern können. —

Es

Es war aus den Beylagen des Restitutionslibells bescheinigt:

Daß nach den neu beygebrachten Inquisitions-Protokollen N. 2 & 3. (vid. §. 37. und 38.) schon am 24ten May 1776 vier Tage nach dem gravirlichen Dekret, und wie der Inhalt zeiget, schon vorher der Kanzley die Zerrüttung des Lotto ganz bekannt gewesen sey, und sie einen Officianten desselben hatte arrestiren lassen; daß noch vor erkannter Citation Nicolaus, Josephus und die Titien als Betrüger befunden worden waren;

Daß nach Num. 4. der Fond noch vorhanden sey, aber in schlecht gewordenen Wechseln bestehe (vid. §. 39).

Daß nach Num. 5. der Kläger ehedem die Cajusischen Effecten empfangen habe (ibid);

Daß nach Num. 6 und 7. Nicolaus im Namen der Titien dem Josephus das Directorium des Lotto übertragen, aber am nemlichen Tage einen wahrhaft spitzbübischen Contract mit ihm geschlossen habe (vid. §. 35. u. 36.);

Daß nach Num. 8. die Kanzley selbst am 10ten Jun. 1776 den üblen Zustand des Lotto den Interessenten bekannt gemacht habe (vid. §. 40.)

§. 68.

Alles dies aber sind (wie man sieht) größtentheils Dinge, die die Kanzley noch mehr graviren, indem sie das Damnum imminens und irreparabile des Klägers, und daß solches zur Zeit der Klage der Kanzley wohl bekannt gewesen sey, klar darthun.

Von dem Bekenntniß der Schlechtigkeit der Wechsel hätte man so gar auf einen dolum schließen können, indem nemlich die Kanzley, die doch wohl wußte, was es für Wechsel seyn sollten, als sie dem Cajus aufgab, gute Wechsel von bekannten Handelshäusern zu deponiren, dergleichen zur Sicherheit des offenbar betrogenen Publikums angenommen hatte.

Billig ist es daher, daß sie ihren Regreß an diesen Wechseln nimmt, nicht aber, daß sich Kläger damit betrügen lassen sollte.

§. 69.

Ein sonderbares Novum war immittels Num. 1. (vid. §. 40.), wodurch bescheinigt werden sollte, daß Cajus das Cessionsinstrument nicht unterschrieben habe, und für eine beglaubigte Abschrift von dem ausgegeben wurde, welches mit der Klage bey der Kanzley übergeben worden sey. Nicht nur bekennte beklagter Theil dadurch selbst, daß er diese Piece vor der Urthel schon gehabt habe, sondern es

stand

stand unter derselben sogar der Name des Cajus ganz deutlich, sie bewies mithin gegen den producirenden Theil.

§. 70.

Wenn dem allen nach beklagter Theil zwar in diesen Restitutionshandlungen wieder läugnete, daß ein Kanzley-Mitglied bey dem Lotto interessirt gewesen sey, es sogar für Verläumdung erklärte, und um Genugthuung bat; So war es doch nun zu spät, da es in Duplicis stillschweigend nachgegeben worden war. Ueberhaupt aber leuchtete aus den Restitutionshandlungen noch mehr, als den Voracten, der böse Wille der Kanzley, die sich der elendesten Sophistereyen, die nahe an Chicane grenzten, bediente, hervor.

§. 71.

Sie sagte zwar auch, es wäre zur Zeit der Klage nichts in der Lotto-Casse gewesen; Allein, sie zeigte nicht, wo das Geld hingekommen war; Es ist auch gar nicht wahrscheinlich, da die Ziehungen noch lange nach der Klage gedauert hatten, wozu doch ein Cassevorrath gehörte, und wenn sie, gesetzt daß dieser nicht vorhanden gewesen wäre, gleichwohl doch die Ziehungen gestattete: so half sie dazu, daß das Publikum hätte betrogen werden

nen, war aber auch wirklich nichts in Cassa; so war der Arrest um so unbedenklicher und konnte niemand präjudiciren.

§. 72.

Was beklagter Theil von der Eigenschaft der actionis subsidiariae sagt, konnte an sich in der Restitutionsinstanz nichts helfen, da es als ein bloßes Argumentum pro novo nicht gelten konnte. Für sich selbst aber war es auch in dem Vorliegenden Falle unstichhaltig.

§. 73.

Es ergiebt sich zwar freylich schon aus dem Namen der actionis subsidiariae, welches die actio Syndicatus, oder in factum contra Judicem litem suam facientem ist, daß solche nur in subsidium, excusso prius debitore principali, gegeben werde.

Allein in dem vorliegenden Falle waren die Hauptdebenten von beklagter Kanzley selbst für Betrüger erklärt, und mittelst Inquisitionen also behandelt worden, an denen sich Kläger nicht würde haben erholen können; zudem hatte Kläger nicht blos actione personali gegen seine Debitores, sondern zugleich auf die ihnen hypothecirte Lottogelder, also actione reali, geklagt. Da nun die beklagte Kanzley

durch

durch den versagten Arrest Schuld war, daß er seine Hypothec verlohren hatte, mithin dadurch seine actio hypothecaria inanis geworden war: so konnte sie allerdings principaliter belangt werden; und es war dem Kläger nicht zuzumuthen, daß er sich blos an die, meistens verschollene, insolvent gewordene Personen, seine Debenten, hätte halten sollen; ganz recht hatte vielmehr solches die vorige Urtheil der beklagten Kanzley überlassen.

§. 74.

Eben so war auch das fernere Argument, daß der Kläger nemlich eine Caution, zu der er verbunden gewesen wäre, nicht geleistet habe, außerdem da es in der vorigen Instanz schon da gewesen war, also bey der Restitution nicht mehr gelten konnte, an sich auch nicht eingreifend.

Der Richter, bey dem ein Arrest nachgesucht wird, kenn freylich eine Caution fodern, wie solches Müller ad Struv. Exerc. 26 Th. 12. not. 5. ganz richtig sagt: Judex, ne damnum forte incurrat, caute facit, si Arrestum permittat cum clausula, in quantum de jure, & simul Cautionem recipiat de indemni servando tribunal, & refundendo expensas cum omni interesse in casu succumbentiae, quam Cautionem

etiam

etiam creditor praestare tenetur, aut ipsi arrestum non decernitur.

Allein dies war demnach der Kanzley ihre Sache, sie konnte Caution fodern, und dann muste sie der Kläger leisten. Sie kann es sich selbst zuschreiben, daß sie solches nicht gethan hatte. Der Kläger war nicht schuldig, sich dazu zu erbieten, sondern konnte erwarten, daß man es von ihm verlangte.

§. 75.

Nach allem dem fanden sich also durchaus keine Causales ad restitutionem, vielmehr hatte (wie bisher dargethan worden ist) die Restitutionsinstanz selbst noch mehr Stoff ad condemnatoriam geliefert, als vorher da gewesen war.

Das vorige Urtheil ward daher confirmirt, oder, welches einerley ist, die Restitution abgeschlagen, und der beklagte Theil in die Kosten der Restitutionsinstanz fällig ertheilt, und gegen denselben, wegen Ermangelung erheblicher novorum, eine fiskalische Strafe zu 1. Mark Goldes vorbehalten, zur Satisfaktion des Publikums endlich in dem Urtheil der bey dem Lotto von den Interessenten gespielten Betrügereyen, die sich in der Restitutionsinstanz noch

noch mehr an Tag gelegt hatten, gedacht, und der beklagten Kanzley, die verhandelten Inquisitionsakten sorgfältig aufzubewahren, um dereinst gegen die Flüchtigen, wenn sie wieder zur gefänglichen Haft gebracht würden, nach gesetzlicher Strenge verfahren zu können, aufgegeben. Das dieses alles enthaltende Urtheil ergieng den 29. Nov. 1787.

Sie-

Siebenter Rechtsfall,

über die Materie von Reichsschultheißenämtern in den Reichsstädten, in specie über mehrere Fragen in Betreff des Schuldheißenamts in der Reichsstadt Gengenbach.

Inhalt.

§. 1 — 4. Ursprung der Reichsvögte und Schultheißen. Ihre Amtsverrichtungen.

§. 5. In spätern Zeiten geriethen diese Reichsvogteyen in Verfall.

§. 6. Gleichwohl trift man noch in einigen Reichsstädten Reichsvogteyen, und Schultheißenämter an, die aber nunmehr beschränkt sind.

§. 7. Mehrere Beyspiele.

§. 8 — 12. Von dem Schultheißenamt in der Reichsstadt Gengenbach, welches von dem Abten zu Gengenbach zu Lehen rührt, und den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ausmacht.

§. 13. Sehr gewöhnlich war es in ältern Zeiten, Aemter und Bedienungen sub formula & nexu feudali zu übertragen.

§. 14.

§. 14. Von dem Schultheißenlehen in specie.

§. 15. und 16. Von der mit dem Schultheißenamt zu Gengenbach verknüpften Lehnsverbindlichkeit, als die Quelle vielfacher Irrungen zwischen der Abtey und der Stadt.

Die Hauptfrage hierunter:

Wie hat sich der Schultheiß zu benehmen, wenn sein Lehnherr und die Stadt in Streit gerathen?

§. 17 — 43. Darf der Schultheiß Namens der Stadt, der er schwört, sie gegen männiglich zu vertreten, als Vasall des Abts gegen diesen nicht zu Recht stehen?

Kann der Abt aus der Lehensverbindlichkeit die weitere Folge ziehen, daß er den Schultheiß, falls derselbe wieder seine Pflichten handelt, absetzen könne, und daß der Schultheiß sein Amtslehen nur allein in die Hände des Abts zu resigniren habe?

Kann der Abt über diese Befugnisse einen Lehenrevers dem Schultheißen abfodern, und ist solcher giltig, wenn ihn der Schultheiß dahin ausstellt?

Geschichte des Processes, worinn diese Fragen vorkommen.

§. 44 — 87. Deren Erörterung.

§. 1.

Es ist aus der Reichsgeschichte, und aus dem Staatsrechte bekannt, daß die Kaiser in ältern Zeiten in den Reichsstädten Reichsvögte und Kämmerer aufstellten, welche die Kaiserliche Gerechtsame zu beobachten hatten.

§. 2.

§. 2.

Obschon Heinrich der IVte, Friedrich der Ite und Friedrich der IIte die mehresten Reichsstädte mit der Unmittelbarkeit beschenkten; so blieben jedoch die höhern Regalen den Kaisern vorbehalten, die sie durch Reichsvögte verwalten und beziehen ließen *).

§. 3.

Den Grafen, vorzüglich aber den Bischöffen waren diese Advocatiae civicae anvertraut **), die an ihre Stelle Schultheißen setzten ***).

§. 4.

Die Amtsverrichtungen dieser Stadtvögte und ihrer Schultheißen waren nicht durchgehends in allen Reichsstädten gleich.

An einigen Orten präsidirten sie den Criminalgerichten. An andern führten sie den Stab bey Civilgerichten, und bezogen die Frevel-

*) Pfeffinger ad Vitriar. T. II. p. 818. seq. Knipschild de Civitat. Imper. L. V. C. 3. p. 5.

**) Lehmann Chron. Spir. L. IV. C. 2. 18. & 22.

***) Knipschild a. a. O. n. 36. Speidel voc. Reichsvögte.

vel- und Strafgelder *). Am gewöhnlichsten aber waren sie mit Schuldsachen beschäfftigt, woher dann auch der Name Schultheiß entstanden seyn soll **).

§. 5.

In spätern Zeiten geriethen diese Reichsvogteyen in Verfall ***) Das Recht, sie zu setzen, wurde von den Kaisern an verschiedene Reichsstände verschenkt, verpfändet, und zu Zahlung Kaiserlicher Schulden hingegeben †). Viele Reichsstädte wanden sich selbst von diesen Advocaten los. Hierzu trugen die von Heinrich dem Vten eingeführte Magistrate vieles bey ††). Andere Reichsstädte haben die Freyheit von den Reichsofficiern den Privilegien von Otto dem Iten und seinen Nachfolgern zu danken †††).

§. 6.

Gleichwohl trift man noch in einigen Reichsstädten Reichsvogteyen und Reichsschultheißenämter

---

*) Pfeffinger ad Vitriar. a. a. O. p. 819. not. a. b. c. Knipschild n. 21.

**) Speidel, Besold, und Wehner voc. Schultheiß.

***) Knipschild a. a. O. n. 42.

†) Pfeffinger a. a. O. p. 821.

††) Pfeffinger a. a. O. Knipschild n. 42. seq. 3.

†††) Lehmann Chron. Spir. L. IV. C. 3.

ämter an, die aber so beschränkt sind, daß nur der Schatten ihres ehemaligen Ansehens übrig ist *).

§. 7.

Einige Reichsstädte wählen ihre Schultheiße selbst **). In Nordhausen setzt noch heutiges Tages der Kaiser den Schultheiß ***). Zu Speier ist das Schultheißenamt ein Lehen des Bischoffs †), und in der Stadt Zell am Hammersbach wird der Reichsschultheiß nomine Caesaris & Imperii vom Bischoff zu Bamberg durch den zeitlichen Afterlehnherrn, den Abten zu Gengenbach, bestellt ††).

§. 8.

*) Pfeffinger ad Vitriar. l. T. 18. §. 13. „Nomine quidem etiamnum hodie in multis Germaniae urbibus supersunt: sed postquam omnimoda jurisdictio, & reliqua civitatibus imperialibus concessa potestas valde imminuta, veterique auctoritate destituta reperimus" sagt Mager de Advocat. C. 2. n. 220.

**) Selchow Elem. jur. publ. §. 161. Lehmann a. a. O. p. 242.

***) Moser Reichsstädtisches Handbuch II. Th. p. 229.

†) Lehmann, p. 333.

††) Freyherrn von Cramer Nebenstunden, 46 Th. p. 82. Moser Nachb. Staatsrecht. p. 260.

§. 8.

Auf gleiche Weise verhält es sich mit dem Schultheißenamt in der Reichsstadt Gengenbach. Auf welche Art nun der Herr Abt zu Gengenbach ursprünglich zu diesem lezt erwähnten Reichslehn, welches den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ausmacht, gekommen ist, war aus den Acten, aus welchen ich hier schöpfe, nicht zu entnehmen. Gleichwohl ist nicht zu zweifeln, daß diese Gerechtsame von unvordenklichen Zeiten der Reichsabtey zustehe.

§. 9.

Schon in alten Compromißacten aus dem 15ten Seculo sagt der Abt, daß er den Schultheiß zu Gengenbach zu setzen und zu präsentiren habe, welches von der Stadt nicht wiedersprochen wird. Eben das bestätigen mehrere Verträge von 1480. 1484. 1488., und 1624. deren ich sämtlich in der Folge umständlicher erwähnen werde.

§ 10.

Ob aber der Abt die Nomination, oder nur die Präsentation des Reichsschultheißen habe, darüber wird in dem am Kammergerichte ventilirten Processe, zu dessen näherer Entwickelung ich alsbald schreiten werde, jedoch nur im Vorbeygehen, Zweifel erregt.

Die Stadt räumte dem Abte mehr nicht als das Präsentationsrecht ein, und hielt sich berechtigt, wieder die Person des von ihm eligirten Schultheißen Einwendungen zu machen.

§. 11.

Der Unterschied inter jus praesentandi & nominandi ist von bekannten Folgen.

Dieser Punkt war aber hier nicht hinlänglich verhandelt.

In den schon erwähnten Compromißacten gebraucht der Abt die Worte: setzen und präsentiren, promiscue.

In einem Urtheil vom Jahr 1488 heißt es: der Abt habe der Stadt den Schultheiß zu geben.

Nach einem Vertrag von 1624 eligirt der Abt den Schultheiß, nimmt ihn in Lehnspflicht, und präsentirt denselben dem Stadtrath, und in dem alten Formular des Schultheißeneyds heißt es: Jeder, der zum Schultheißen (der Stadt Gengenbach) überantwortet und angenommen wird, soll schwören 2c.

§. 12.

Diese abwechselnd gebrauchte Ausdrücke würden die Entscheidung der nur gedachten Frage sehr zweifelhaft gemacht haben; wo zumal auch von keiner Seite Präjudicien angeführt wurden, daß wieder die Person eines neuen

neuen Schultheißen Einwendungen gemacht, und diese verworfen oder zugelassen worden seyen.

Da aber der erwähnte Punkt bey dem kammergerichtlichen Processe, welchen ich erzählen werde, in das petitum Libelli bestimmt nicht aufgenommen war: So wurde solcher in dem erfolgten Urtheil, da er sonst zur weitern Verhandlung hätte ausgesetzt werden müssen, stillschweigend übergangen.

§. 13.

Sehr gewöhnlich war es in ältern Zeiten, Aemter und Bedienungen sub formula & nexu feudali zu überlassen *).

Initio differebant officia & feuda, diuersa erant jus curiae & feudi, sed demum officia in feudum dari coeperunt, quae feuda ambachtae (Ambachts Lehen) vocantur **).

§. 14.

Zu diesen feudis officii, Palatinis oder Gastaldiae gehört auch feudum Sculteticum ***).

 Schil-

*) Ludewig Singular. jur. feud. C. 5. §. 24. Itter de feud. Imp. C. 8. §. 34.

**) Mascov in jur. feud. C. 3. §. 40.

***) Ienichen Thesaur. jur. feudal. Tom. III. p. 192.

Schilter in Cod. jur. feud. Alem. ad Cap. ult. §. 1. zählt dieses Schultheißenlehn ad feuda impropria, quod in eo a communi feudorum natura recedit, quod non detur propter servitia militaria, sed propter officia judicialia, cura magis ingenii, quam corporali ministerio expedienda. Das nemliche sagt Struv und Andere.

§. 15.

Die mit dem Schultheißenamt zu Gengenbach verknüpfte Lehenseigenschaft wird nicht widersprochen.

Schon in vielen alten Actenstücken nennt der Abt den Schultheißen seinen Mann, der Ihm gelobt und geschworen habe. Eben dieses wird in den nachgefolgten Verträgen als richtig vorausgesetzt, und in einem Vertrage vom Jahr 1624 dem Abte frey gelassen, das Schulzenlehn, nach den hierwegen habenden uralten Freyheiten und dem rechtmäßigen Herkommen zu verleihen.

Daher muß auch jeder von der Abtey zum Schultheiß Erwählte schwören, dem Abte und der Abtey getreu und hold zu seyn, ihren Schaden abzuwenden, Nutzen zu befördern, und sie bey ihren Freyheiten und Rechten möglichsten Fleißes zu schützen.

§. 16

§. 16

Diese Lehensverbindlichkeit des Schultheißen zu Gengenbach war inzwischen die Quelle vielfacher Irrungen zwischen der Abtey und der Stadt. Denn, da der vom Abt belehnte neue Schultheiß, vor seinem Amtsantritt, dem Magistrat, nach altem Herkommen, in Beysenn des ihn präsentirenden Abten schwören muß: der Stadt getreu und hold zu seyn, ihren Schaden abzuwenden, und Nutzen zu befördern, die Rechte der Stadt zu handhaben, was ihm vom Rath zu werben und zu reden befohlen wird, zu handlen und zu reden gegen männiglich; So entsteht die Frage:

Wie hat sich der Schultheiß zu benehmen, wenn sein Lehnherr und die Stadt in Streit gerathen?

Dies ist der Gegenstand des Processes, dessen Streitschriften ich nunmehro zur nähern Erläuterung ganz im Kurzen ausziehen will.

§. 17.

Schon im Jahr 1480. klagte die Stadt Gengenbach gegen den Herrn Abten bey dem Pfälzischen Hofgericht zu Heidelberg, auf welches beyde Theile compromittirt hatten. Ihre Deputirten stellten vor:

Daß der Abt den Schultheiß, wenn dieser vom Rath und der Stadt in städtischen Ge-

schäfften zum Abten geschickt werde, nicht anhören wolle, obgleich dieses dem Herkommen gemäß, und der Schultheiß nach seinem Eyd verbunden seye, in Sachen des Raths, und der Stadt gegen männiglich zu reden und zu werben, der Stadt getreu und hold zu seyn, auch ihren Schaden zu entfernen; und baten dieses abzustellen.

§. 18

Der Abt ließ hierauf vortragen:

Daß er den Schultheiß setze, der sein Vasall seyn, und der Abtey treu und hold zu seyn, auch ihre Gerechtsame und Freyheiten aufrecht zu erhalten, angelobe, sohin derselbe wieder die Abtey, der er früher als der Stadt geschworen habe, nicht stehen, noch rathen könne.

§. 13.

Die Stadt replicirte:

Der Schultheiß schwöre ihr einen Amtseyd und zwar im Beyseyn des Abtens; dieser Eyd seye alten Herkommens, und von Kurpfalz, als Gengenbach vom Reiche an diese Kur gekommen sey, mit andern städtischen Freyheiten bestätigt worden. Daran lasse sich nichts ändern. Nach ausgeübtem Präsentationsrecht seye des Abten Amt vollbracht, und der Schultheiß ein Diener der Stadt, und

nicht des Abten. Der Schultheiß zu Offenburg seye ein Vasal des Pfalzgrafen und Bischoffen zu Strasburg, und stünde gleichwohl in seinen Amtsgeschäfften wider Beyde. Der Schultheißeneyd derogire dem frühern Lehneyd; und da der Abt ersteren zulasse, so verstehe sich von selbst, daß er den Lehneid remittire.

§. 20.

Der Abt duplicirte:

Da der Schultheiß der Abtey eher als der Stadt treu und hold zu seyn angelobe, so gehe es nicht an, daß er wieder die Abtey rathe und handle. Man wiederspreche, daß der Schultheiß in seiner des Abten Gegenwart, der Stadt Amtspflichten abgelegt habe. Er (der Herr Abt) sey zwar dazu eingeladen worden, habe aber hierauf erwiedert, daß ihn diese Handlung nichts angehe. Die Stelle im Schultheißeneid: wider Männiglich, leide ihre Ausnahmen. Gegen den Herrn des Schultheißen, von dem er sein Amt zu Lehen trage, könne sie nicht gerichtet seyn. Die Lehrer des Lehenrechts nähmen hierbey den Kayser, den Landesherrn, und den ältern Lehenherrn insgemein aus.

§. 21.

Die Stadt triplicirte hierauf noch, und der Abt quadruplicirte, bis am Ende Beyde zur richterlichen Entscheidung untersetzten.

§. 22.

Das Urtel erfolgte dahin:

„daß ein Schultheiß zu Gengenbach in Sachen den Rath und Stadt Gengenbach betreffend bey einem Rath stehen, werben und reden möge nach Inhalt des Eyds, den er dem obgemeldten Rath thue.“

§. 23.

Dieser richterliche Spruch war, wie man sieht, sehr unbestimmt, indem die eigentliche Streitfrage: Ob der Schultheiß auch gegen den Abten seinen Lehnherrn stehen und sprechen könne? darinn in verbis dispositivis übergangen war.

§. 24.

Noch in dem nemlichen Jahre aber (1480) verglichen sich beyde Theile dahin:

„Ist abgeredt, daß ein Schultheiß zu Gengenbach bey den von Gengenbach stehen, ihnen reden und werben solle, und möge, in Sachen den Rath und Stadt berührend, nach Laut des Eyds er ihnen gethan; doch unabgebrochen in andere Weg des Eyds Pflicht er einem Abt, seinem Convent, und Gotteshaus zu Gengenbach Mannschaf halben gethan“ ꝛc.

§. 25.

§. 25.

Jedoch auch dieser Vergleich war für beyde Theile nicht beruhigend. Im Jahr 1484. compromittirten sie auf den Rath der Reichsstadt Offenburg, von welchem sie folgendes Laudum erhielten:

„daß ein Schultheiß nochmahlen schuldig seyn solle, in des Raths und der gemeinen Stadt zu Gengenbach Sachen zu rathen, und zu reden, es sey eine Klage, Antwort oder sonstige Werbung, nichts ausgenommen, als der Vertrag inhalt ist; Doch ob sonder Personen Sachen oder Ansprachen gegen einen Abt oder Gotteshaus vermeinten fürzunehmen, dann soll er nicht pflichtig seyn, wieder einen Abt oder Gotteshaus zu handlen.“

§. 26.

Hierauf hielten sich beyde Theile einige Jahre ruhig, bis nachstehender Vorfall zu neuen Irrungen Anlaß gab.

Es hielt nemlich der Abt zu Gengenbach in ältern Zeiten ein Dinggericht, welches von den Kaysern vorzügliche Freyheiten hatte *).

Nach

*) Limnaeus Jus publ. L. VII. C. 22.

Nach dem Privilegium Carl des IV. soll der Abt zu Gengenbach, „der zu 3. Zeiten im Jahre in seinem Kloster Dienggericht hat, einen ehrbaren Ritter zum Richter setzen ꝛc.“;

Und nach dem Privilegium Carl des V. soll dieses Manngericht „mit Richtern aus des Gotteshaus Mannen, der vom Adel gebohren und den Mannen besetzt, und von der an diesen Manngericht und Frevel, Handel und Verschulden, so in des Gotteshaus Wäldern, Wassern oder andern Eigenthum verübt, gefällt Urtheilen nicht appellirt werden, wenn die Poen nicht über 10 fl. wäre.“

Bey diesem Gerichte scheint es an Advocaten und Rednern (die jetzt aller Orten im Ueberfluß vorhanden sind) gefehlt zu haben. Einige Partheyen nahmen daher zur Vorsprache des Schultheißen ihre Zuflucht, welches aber der Abt nicht zugeben wollte.

§. 27.

Die Stadt klagte daher im Jahr 1488. wiederholt beym Kurpfälzischen Hofgerichte zu Heidelberg.

Der Abt seye befugt, ihr einen Schultheiß zu geben, der sein Amt von ihm zu Lehen erhalte. Den wolle der Abt abstellen; denn, da es sich öfters zutrage, daß der Abt verschiedene Personen vor sein Manngericht vorlade,

die den Schultheiß zu ihrem Redner erwählten, so wolle er dies nicht zugeben. Gleichwohl sey hierbey das Interesse gemeiner Stadt nicht selten mit verflochten. Dieses Betragen des Abts scheine der Stadt unbillig; indem der Schultheiß dem Rath schwöre, und wieder männiglich reden müsse, was ihm der Rath befehle. Schon einmal habe die Stadt beym Hofgericht dieserwegen geklagt, worauf gesprochen worden: daß der Schlutheiß in Sachen den Rath und die Stadt berührend beym Rath stehen, werben, und reden möge, nach dem Eyd, den er dem Rath leiste. Auch seye ein Vergleich vorhanden, der dies zulasse.

§. 28.

Der Abt excipirte hierauf, und hielt es für unbillig, daß der Schultheiß als sein Vasall wieder ihn als seinen Lehnherrn stehen solle. Wenn er (Abt) die Parthey beym Manngericht vornehme, so wähle sich ein Theil den Schultheiß zum Redner, weil, außer diesem, keiner der Versammlung dazu tauglich seye. Wenn dies die Stadt und Gemeinde berühre, so lasse er es dem Schultheißen zu. Außer dem aber sey es unnatürlich, daß der Vasall wieder seinen Herrn stehen solle. Sein getreuer Schultheiß könne besondern Personen in ihren Angelegenheiten nicht rathen, noch vor sie sprechen.

§. 29.

Nach beyderseitiger weitern Verhandlung erfolgte das Urtel:

„Hat das Hofgericht bedacht ergangnes Urtel, Vertrag und Eyd, und entscheidet: daß in des Raths und der gemeinen Stadt Sachen, auch wo sonderliche Personen, da die Sach doch gemeiner Stadt Nutzen oder Schaden stracks und ohnmittel berührt, da mag der Schultheiß rathen und reden; wo es aber sonderliche Personen und Sachen berührt, soll der Schultheiß wieder seinen Lehnherrn nicht reden oder rathen."

§. 30.

Hierauf lebten beyde Theile über 130 Jahre in gutem nachbarlichen Vernehmen.

Es ergaben sich aber im Jahr 1623. wegen der Art und Zeit, wie die von der Abtey vorgenommene Wahl eines neuen Schultheiß dem Stadtrath zu notificiren, und mit welchen Feyerlichkeiten der eligirte Schultheiß vorzustellen seye, neue Irrungen, über welche den 18ten November 1624. ein Vergleich dahin zu Stand kam:

Daß einem zeitlichen Abte, nach dessen uralten Privilegien, und dem rechtmäßigen Herkommen, bey Erledigung des Schultheißenlehens frey stehen solle, eine ehrliche tüchtige Per-

Person zum Schultheißen zu wählen. Von dieser Wahl seye sodann dem Magistrat Nachricht zu urtheilen, und der Staab in die Abtey abzufodern, und wenn nun dieser Staab durch den Oberbotten und zwey Rathsfreunde in die Abtey zur Belehnung des neuen Schultheißen geliefert worden, so solle dem Abte frey stehen, entweder die zwey Rathsfreunde zur Belehnung und Aufschwörung zuzulassen, oder aber am Tag der Präsentation den ausgefertigten Schultheißenrevers dem Magistrat aufzuweisen. Es sollen sich auch beyde Theile, nach vollbrachter Belehnung, wegen des Tags vergleichen, an welchem die Publication, Präsentation oder Vorstellung des neuen Schultheißen im Stadtrath für sich gehen solle. An diesem Tage soll der eligirte und belehnte Schultheiß, begleitet von beiden Städtmeistern, in die Abtey, um den Abten, oder dessen Abgeordnete abzuhohlen, ziehen; wobey der Oberbott den Stab vortragen solle. Wenn hiernächst der ganze Zug auf der Rathsstube anlange, so solle der Schultheiß vom Abten oder dessen Bevollmächtigten dem Rath präsentirt werden, und darauf den alten Schultheißeneyd schwören, wo ihm sodann der Staab vom Abten übergeben werden solle.

§. 31.

In diesem alten Schultheißeneyd (dessen der vorstehende Vertrag Meldung thut) schwört

der

der Schultheiß, welcher „der Stadt überantwortet und angenommen wird"; dem Römischen Reich und gemeiner Stadt Gengenbach getreu und hold zu seyn, die städtische Rechte und Freyheiten zu handhaben, nach des Raths Erkenntniß ein gerechter Richter zu seyn; Er soll auch über Frevel und Unzucht richten, im Rath die Mehrheit der Stimmen verehren, und die Urtheile in Vollzug setzen, ferner soll er Missethäter gefänglich einziehen, und sie nach Erkenntniß des Raths behandeln, auch in wichtigen Vorfällen ohne den Rath nichts vornehmen ꝛc.

§. 32.

Ferner geschieht in nur erwähnten Vertrag eines Schultheißenreverses, der dem Rath allenfalls vorzulegen seye, Erwähnung, welcher als der Zanckapfel beyder Theile hier sehr merkwürdig ist. Wenn eigentlich diese Reverse aufgekommen, und wohin der Inhalt derselben in ältern Zeiten gelautet habe, liegt im Dunkeln.

§. 33.

Der Vertrag überließ es der Willkühr des Abten, die zwey Rathsdeputirten zur Belehnung des Schultheißen zuzulassen, oder den Schultheißenrevers dem Rath aufzuweisen.

Die

Die Abtey wählte das erste. Daher behauptet der Stadtrath: der Inhalt des Reverses seye für ihn ein undurchdringliches Geheimniß geblieben.

§. 34.

Die erst Entdeckung, welche die Stadt diesfalls machte, fällt wahrscheinlich ins Jahr 1776. Da erhielt sie den Revers, den der Schultheiß Anton Seger von Blumenau der Abtey im Jahr 1771. am 20ten Jun. ausgestellt hatte.

§. 35.

Hierin versprach der Schultheiß, der Abtey getreu und hold zu seyn, ihren Schaden abzuwenden, Nutzen zu befördern, auch alle ihre Regalien, aufgerichtete Verträge, Compromisse und andere Uebereinkömmnisse mit der Stadt zu manuteniren, und möglichsten Fleißes zu beschützen; desgleichen wenn die Abtey ihr privilegirtes Manngericht wieder errichten, oder an Statt dessen ihre Lehnsleute zu convociren, oder sich sonst in erheblichen Sachen berahten wollte, auf jedesmaliges Erfordern zu rathen, und recht zu sprechen, auch den Gerechtsamen des Schultheißen-Lehens nichts zu vergeben, und wenn die Abtey nach reifer Ueberlegung finden sollte, daß er (der Schultheiß) seinem Amt nicht getreulich vorstehe,

sich vom Amt ohne Widerrede entsetzen zu lassen, auch endlich dieses sein Amt nur in die Hände des Abts zu resigniren.

§. 36.

Den Inhalt dieses Reverses fand der Magistrat für die städtischen Gerechtsame in mehrfachem Betracht sehr nachtheilig.

Er trat hierwegen im Jahr 1776 am Kayserlichen Reichs Kammergerichte klagend auf, und ließ am 11 Jun. gedachten Jahrs eine Supplicam pro Mandato de cassando Reversales pactis & transactionibus solemnibus, rei judicatae & compromisso contrarias, non amplius contraveniendo dictis pactis, nec sibi arrogando cognitionem super Sculteti imperii absque Magistratus consensu resignationem, ac inposterum Sculteto sine Magistratus praescitu non praescribendo reversales sub nullitatis poena, & resarciendo expensas, übergeben.

§. 37.

In dieser Klagschrift wird sich auf das Compromißurtel des Hofgerichts zu Heidelberg vom Jahr 1480. (§. 22.), den Vertrag vom erwähnten Jahre (§. 24.), das Laudum von 1484. (§. 25.) und jenes von 1488. (§. 29.) bezogen und daraus die Folge gebildet:

1)

1) daß der Schultheiß in städtischen Angelegenheiten wieder den Abten zu stehen und zu reden schuldig seye,

2) daß der Lehneyd den Schultheißen in seinen Amtsgeschäften nicht verhindern, oder einschränken könne, sohin das Schultheißenlehn zu den feudis non ligiis gehören;

3) daß der Schultheiß von seinen Amtsverrichtungen dem Abten Rechenschaft zu geben nicht verbunden seye: endlich

4) Daß der Schultheiß dem Lehneyd derogire.

Im Vertrag vom Jahr 1624. (§. 30.), die bey der Belehnung, Präsentation und Aufschwörung des Schultheißen zu beobachtende Feyerlichkeit beschreibe, werde der vom Abten investirte, mit dem Schultheißeneyd aber noch nicht belegte Schultheiß, nur eligirter und nicht würklicher Schultheiß genennt.

Auch setzte dieser Vertrag voraus, daß der Revers des Schultheißen mit dessen Lehneyd übereinstimme; indem widrigenfalls die dem Abte überlassene Wahl, entweder 2 Rathsfreunde zur Belehnung des Schultheißen zuzulassen, oder dessen Revers dem Magistrat vorzulegen, den städtischen Gerechtsamen offenbar nachtheilig seyn würde.

Der Schultheiß seye nicht des Abten, sondern der Stadt Schultheiß. Er könne wi-

der die Stadt sich mit der Abtey nicht vereinigen, noch die Neutralität beobachten.

Gleichwohl müsse der Magistrat erfahren, daß die Abtey durch einseitige Handlungen den städtischen Gerechtsamen zu präjudiciren sich bestrebe.

Nach dem erst neuerlich ans Licht gekommenen Revers des Schultheißen Seger, müsse der Schultheiß versprechen, der Abtey in allen wichtigen Fällen zu rathen, derselben Erkenntniß und Ausspruch sich und sein Amt zu unterwerfen, von ihr die Dienstentlassung anzunehmen, und Niemand als dem Abten seine Stelle zu resigniren.

Der Schultheißeneyd verbinde den Schultheiß, die Befehle des Raths zu befolgen; wenn demnach von der Absetzung des Schultheißen die Frage seye, müsse nothwendig der Stadrath auch mit darin zu reden haben.

Wo ein Beamter mehreren Herrn mit Pflichten zugethan seye, verstehe es sich von selbst, daß beyde über dessen Entlassung einig seyn müßten, und daß außerdem der Beamte einem Herrn nicht gültig resigniren könne.

Der Inhalt des entdeckten Reverses stehe demnach mit den Rechten der Stadt in offenbarem Widerspruch; daher dann das schon erwähnte Mandatum zu erkennen gebeten ward.

Statt

Statt dessen aber wurde den 18 Jul. 1777 Citatio ad videndum cassari reversales ꝛc. erkannt.

§. 38.

In der darauf übergebenen Exceptionsschrift wird der Klage entgegen gehalten:

Die Schultheiße müßten dem Herrn Abten die gewöhnlichen Lehnspflichten leisten; sie könnten sich also, gleich andern Vasallen, wider ihren Lehnherrn nicht gebrauchen lassen.

So bald das Interesse der Abtey mit jenem der Stadt in Collision gerathe, müsse der Schultheiß die strengste Neutralität beobachten, um weder bey seinem Lehnherrn, noch dem Stadtmagistrat, welchem er einen Amtseyd leiste, anzustoßen.

Zwar habe die Stadt dem Schultheißen bereits in ältern Zeiten zugemuthet, gegen den Abten zu stehen und zu werben; diese Neuerung sey aber schon im Heidelberger Hofgerichtsurtel von 1480 (§. 22.) abgestellt worden. Auch die nachgefolgten Verträge verpflichteten den Schultheiß, gegen die Abtey, seinem Lehneyd gemäß, sich jederzeit zu betragen.

Hieraus erhelle, 1) daß der Schultheiß, ohne eine Felonie zu begehen, wider die Abtey nicht auftreten könne; 2) daß das Schultheißenlehen ein feudum ligium seye: 3) daß

der Schultheiß sub poena privationis schuldig seye, der Abtey von seiner Lehnamts-verrichtung Rechenschaft zu geben; und endlich 4) daß der Schultheißeneyd nur in Amtsgeschäfften, der Lehenseyd aber in den übrigen, das Interesse der Abtey betreffenden, Vorfällen dem Schultheißen zur Richtschnur dienen müsse.

In dem Vertrag vom Jahr 1624 (§. 30.) sey dem Herrn Abten die Wahl überlassen, die Investitur des Schultheißen in Beyseyn zweyer Rathsdeputirten vorzunehmen, oder den dem Schultheißen vorgeschriebenen Lehenrevers dem Magistrate vorzulegen. Es sey aber die Absicht dieses Vertrags nicht, den Abt bey der Vorschrift des Reverses einzuschränken.

Den Innhalt dieses Reverses müsse der Magistrat schon längst wissen; und gleichwohl wolle man erst jetzt bemerken, daß dieser Revers den städtischen Gerechtsamen nachtheilig seye.

Wenn der Abt den Schultheiß seines Amtslehens beraube, so lößten sich dadurch die Pflichten von selbst auf, mit denen der Schultheiß der Stadt zugethan sey. Die Mitwirkung des Magistrats zur Dienstentsetzung sey daher nicht erforderlich. Der Abt setze den Schultheiß, könne ihn also auch wieder entlassen, oder dessen Resignation annehmen.

Daher gebeten werde, die beklagte Reichsabtey von der wider sie angestellten Klage loszusprechen.

§. 39.

§. 39.

Was der Magistrat darauf in der Replick anführte, ist kürzlich folgendes;

So lange der Vasalleneyd der Amtsverrichtungen der Schultheißen nicht hinderlich seye, habe die Stadt an der Verbindlichkeit dieses Eydes nichts zu erinnern.

Daß aber der Abt außer dem Lehenenyd in einem weit aussehenden Reverse dem Schultheißen noch mehrere Verbindlichkeiten auflegen wolle, könne der Magistrat nicht zugeben.

Nach dem Vertrag vom Jahr 1624 sollte der Revers mit dem Vasalleneyd gleichlautend seyn, und keine weitere Zusätze enthalten. Gleichwohl habe die Abtey in neuern Zeiten die Schultheißen-Reverse erweitert, die Neuerung aber immerhin geheim zu halten gewußt.

Das Amt des Abten endige sich mit der Präsentation des Schultheißen. In der Folge seye der Schultheiß ein städtischer Beamter, der sich allein mit städtischen Angelegenheiten beschäfftige, und dafür seine Besoldung aus gemeiner Stadtkasse erhalte.

Daher habe der Magistrat bereits 1480 vor dem Hofgerichte zu Heidelberg behauptet, daß ein zeitlicher Schultheiß in allen Fällen, auch selbst gegen seinen Lehnherrn mit gemeiner Stadt zu halten, und für dieselbe zu werben und zu reden schuldig seye.

Zwar bemühe sich der Abt, [das Hofgerichts-Urtheil und die nachgefolgten Verträge zu verdrehen, und abgerissene einzelne Stellen widrig auszulegen. Allein wenn man die verba narrativa und dispositiva dieser Urkunde gehörig zusammen nehme; so erhelle deutlich, daß der Schultheiß auch wider seinen Lehnherrn bey der Stadt stehen könne und solle.

Die Absetzung und Resignation des Schultheißen anlangend, so mache die Investitur den zum Schultheiß denominirten noch nicht zum wirklichen Schultheißen. Erst nachdem derselbe dem Magistrat vorgestellt, und in Pflichten genommen worden seye, gelange er zur Wirklichkeit seines Amts.

Der Abt sey demnach nicht befugt, den Schultheiß abzusetzen, oder dessen Resignation anzunehmen.

Daher petitum Libelli wiederholt, zugleich aber weiter gebeten werde, den Abten anzuhalten, das Kayserliche Privilegium, den Schultheiß in Gegenbach benennen zu dürfen, vorzulegen.]

§. 40.

Diesem setzte darauf die beklagte Abtey in duplicis entgegen:

Es sey notorisch, daß der Abt den Schulzen nicht nur zu präsentiren, sondern zu setzen habe. Titulum possessionis sey daher der Abt nicht schuldig vorzulegen.

Der

Der spätere Amtseyd müsse dem Lehenseyd gemäß erklärt werden, indem nach II. T. 28. der nachgefolgte Lehneyd dem erstern nicht derogiren könne. Das Amt des Schultheißen bringe es auch gar nicht mit sich, daß er nothwendig gegen den Abten auftreten müsse. Dessen Hauptbeschäfftigung seye die Justizpflege und Polizey.

Der Abt vertrete bey der Annahme und Entlassung des Schultheißen die Stelle Kaiserlicher Majestät.

Der Urtelsbrief vom Jahr 1480, wenn er auch widrig für den Abten laute, verdiene keine Rücksicht, weil er unvollständig, und nur Auszugsweiß beygebracht worden seye.

Dagegen redeten die nachgefolgten Verträge deutlich für die Abtey das Wort.

Kein Schultheiß könne zu Gengenbach existiren, ohne vom Abten belehnt zu seyn.

Reverse seyen bey Lehen gewöhnlich. Der Abt befinde sich auch in unvordenklichem Besitz, den Schultheißen solche Reverse vorzuschreiben; seye also von aller Beweißführung frey. Außerdem aber könnte er ganze Päcke von Schultheißenreversen vorlegen.

Der Inhalt dieser Reverse müsse der Stadt längst bekannt geworden seyn, indem sie jederzeit in Beyseyn der Rathsdeputirten übergeben würden.

Gleichwohl habe dieselbe so lange Zeit hindurch still gesessen, und gegen gedachte Reverse sich nicht aufgelehnt.

Womit (repetitis prioribus argumentis) petitum Exceptionum wiederhohlt werde.

§. 41.

In den darauf von Seiten des Magistrats übergebenen Triplicis ward außer Wiederhohlungen noch folgendes gesagt:

Schon beym Hofgericht zu Heidelberg habe sich die Stadt aufs Herkommen, daß der Schultheiß in allen Vorfällen zu ihr gehalten, berufen.

Dieses Herkommen seye auch in neuern Zeiten bey allen Laudis, und mit der Abtey zu Stand gekommnen Verträgen nicht unterbrochen worden, (worüber einige Fälle angeführt werden).

Die Exception, daß der Lehneyd älter als der Amtseyd des Schultheißen sey, sohin dem letztern vorgezogen werden müsse, seye bereits vom Hofgerichte zu Heidelberg verworfen worden.

Der Stadtrath sey aus Handwerkern und ungelehrten Bürgern zusammengesetzt, könne daher den Beystand des Schultheißen nicht missen.

Dieser Beystand, den der Schultheiß nach Amtspflichten dem Magistrate leiste, könne

ne als ein Lehnsfehler nicht angerechnet werden.

Und sollte der Schultheiß auch außer seinen Amtsverrichtungen einen strafbaren Lehensfehler begehen, somüsse dieser vorerst vom Lehen- oder Manngericht untersucht und abgeurtheilt werden, wo sodann demselben der Weeg an seinen Landesherrn und die höchsten Reichsgerichte noch immerhin offen stehe.

Auch die Resignation des Schultheißen müsse nach dem Herkommen (welches mit etlichen Präjudicien bescheinigt wurde) der Abtey und Stadt zugleich geschehen.

Und was endlich die Reverse anlange, so werde widersprochen, daß solche in Gegenwart der Rathsdeputirten dem Abt überreicht würden.

Der Revers des Schultheißen Seger seye mehrere Tage nach der Belehnung ausgefertigt worden. Nie habe die Stadt vom Inhalt dieser Reverse was erfahren können.

Daß die Abtey sich im Besitze befinde, dergleichen Reverse vorzuschreiben, seye zwar vorgegeben, aber nicht erwiesen worden.

Womit repetitis prioribus petitis (besonders wegen Production des Kayserlichen Privilegii in Betreff der Benennung des Schultheißen, tanquam instrumenti communis) zu richterlicher Entscheidung untersetzt werde.

§. 42.

§. 42.

In der Quadruplick endlich stellte die Abtey nebst Widerhohlung des bisher schon gesagten noch Folgendes vor:

Die Stadt bemühe sich durch Präjudizien zu erweisen, daß der Schultheiß in neuern Zeiten bey Verträgen zwischen der Abtey und der Stadt auf der Seite der letztern gestanden seye. Allein, da bey gütlichen Verträgen jeder Theil was nachgebe und gewinne, so habe der Schultheiß hierbey gar wohl mit der Stadt halten können. Außer dem seye die gewöhnliche Unterschrift der Stadt: Schulz, Meister und Rath rc., wenn gleich der Schultheiß keinen thätigen Antheil am Geschäffte genommen habe.

Uebrigens seye jeder Lehnherr befugt, seinen Vasallen des Lehens ob feloniam zu berauben, ohne auf andere Verhältnisse, in denen sich der Vasall befinde, Rücksicht zu nehmen.

Wenn zwischen der Abtey und der Stadt Prozesse entstünden, und diese an die höchsten Reichsgerichte gelangten, seye sehr gleichgiltig, ob der Schultheiß beym Rath stehe oder nicht, indem man sich ohnehin fremder Schriftsteller bediene.

Daß einige Schultheiße zugleich dem Magistrate resignirt haben sollten, werde widersprochen.

Was

Was aber den Revers anlange, seye dessen Inhalt unter dem Lehneyd bereits begriffen. Auf allen Fall streite ein unvordenklicher Besitz für die Abtey, der sie von aller Beweisführung oder Production der ältern Reverse befreye. Gleiche Beschaffenheit habe es mit dem Kayserlichen Privilegium; weswegen petita anteriora wiederhohlt würden.

Worauf dann von beyden Theilen zum Urtheil submittirt wurde.

§. 43.

Man sieht nun, daß die oben (§. 16.) schon erwähnte Frage:

Wie hat sich der Schultheiß zu Gengenbach zu benehmen, wenn sein Lehnherr und die Stadt in Streit gerathen.

oder

Darf der Schultheiß Nahmens der Stadt, der er schwört, sie gegen männiglich zu vertreten, als Vasall des Abts, gegen diesen nicht zu Recht stehen?

hauptsächlich zur Entscheidung vorlag; die übrigen strittigen Fragen sind eben so leicht bemerklich zu machen, nemlich:

Kann der Abt aus der Lehnsverbindlichkeit die weitere Folge ziehen, daß er den Schultheiß, falls derselbe wider seine Pflichten handelt, absetzen könne, und daß Schultheiß sein Amtslehen der nur allein in die Hände des Abts zu resigniren habe?

Kann

Kann der Abt über diese Befugnisse einen Lehenrevers dem Schultheißen abfodern, und ist solcher giltig, wenn ihn der Schultheiß dahin ausstellt?

§. 44.

Daß die Reichsschultheiße dem Magistrat der Reichsstadt, wo sie angestellt sind, schwören, ist nichts ungewöhnliches.

Der Reichsschultheiß zu Nürnberg schwört alle Jahr dem Rath: de faciendo judicium aequanimiter secundum rationabilem Scabinorum sententiam *).

Der Schultheiß zu Speier, ein Vasall des Bischoffs **) verspricht in seinem Amtseyd: allein nach der Bürger Urtel, und des Weißung zu handeln und zu richten ***).

Und der Schultheiß zu Augsburg schwört, die Stadtrechte, Freyheiten und Gebräuche zu beobachten †).

§. 45.

Schon bereits in ältern Zeiten konnten die Reichsschultheiße ohne Zuthun des Raths und

*) Moser Reichsstädtisches Handbuch, II. Th. p. 291.

**) Lehmann a. a. O. p. 333.

***) Idem pag. 292.

† Knipschild L. V. C. 3. n. 29.

und der Schöppen keine wichtige Geschäffte vornehmen *).

Dermal wo die Reichsstädte die Landeshoheit und alle Regalien erlangt haben, sind die Gränzen des Schultheißenamts noch enger zusammengezogen, und die höchste Gewalt ist beym Stadtrath **).

Von der Reichsstadt Wetzlar z. B. schreibt Gudenus in Cod. diplomat. Tom. I. p. 572: Sculteti & praefecti partes Wezlariensi in Senatu potiores procul dubio erant, nunc vero potestas eorundem ad sententiarum per Scabinos latarum executionem duntaxat restricta dignoscitur.

§. 46.

So lange die hier streitenden Theile, die Abtey und die Reichsstadt Gengenbach in guter Eintracht leben, kann der Reichsschulz das Schwere, zwey Herren zu dienen, ganz wohl erfüllen. Mißlich aber ist seine Lage, da sich wegen den verschiedenen Rechten, Gütern und Einkünften, die der Abt im städtischen Gebiethe besitzt, nur allzuoft Fälle ereignen, wo das Interesse der Abtey mit jenem der Stadt in Collision geräth.

§. 47.

---

*) Struben Nebenstunden V Th. p. 323. item I. Th. p. 311.

**) Knipschild a. a. O. n. 31. Speidel voc. Reichsvögte.

§. 47.

Nach dem Laudo des Hofgerichts zu Heidelberg von 1480. (§. 22.) soll der Schultheiß in Sachen des Raths und der Stadt beym Rath stehen, werben und reden, dem Eyd gemäß, den er dem Rath geleistet hat.

Des Abts wird zwar hier nicht gedacht. Gleichwohl bestand hierinn die Streitfrage: ob der Schulz auch wider seinen Lehenherrn bey der Stadt stehen könne?

Erklärt man nur das Urtel mit der Klage übereinstimmend, so ist der Zweifelsknoten bereits aufgelößt.

§. 48.

Noch deutlicher erhellt dies aus dem (§. 24.) erwähnten Vertrage von 1480. Ich muß die Stelle abermal hersetzen. Hier heißt es:

„daß ein Schultheiß zu Gengenbach bey den von Gengenbach stehen, ihnen reden und werben solle und möge in Sachen den Rath und die Stadt berührend, nach Laut des Eyds er ihnen gethan, doch unabbrüchig in andere Weg des Eydspflicht er einem Abt, seinem Convent und Gotteshus zu Gengenbach Mannschaft halb auch hierum gethan hat.“

§. 49.

Dieser Vergleich setzt also vorerst die Regel fest, daß nemlich der Schulz in allen Sa-

Sachen, die den Rath und gemeine Stadt anlangen, beym Rath stehen solle. Darauf folgt die Ausnahme: jedoch unabbrüchig in andere Weege (das ist, wenn das städtische Interesse nicht mit verflochten ist) dem Lehnseyd.

Man sieht hieraus deutlich, daß beyde Theile damals die Erfüllung der Amtspflichten für wichtiger, als jene der Lehnspflichten angesehen haben.

§. 50.

Noch deutlicher wird dieses Verhältniß im Vertrag vom Jahr 1484 auseinander gesetzt. Hier heißt es:

„Daß ein Schultheiß nochmalen schuldig seyn solle, in des Raths und der gemeinen Stadt Sachen zu rathen und reden, es seye Klag, Antwort, oder süß Werbung nit usgenommen, als der Vertrag Inhalt ist. Doch ob sonder Personen Sachen oder Ansprachen, gegen einen Abt oder Gotteshuß vermeinten vorzunehmen, der soll er nicht pflichtig seyn wieder einen Abt oder Gotteshaus zu handlen.“

§. 51.

Diese Stellen sind ohnstreitig deutlich genug; denn daß bey den Worten: Jedoch in andern Weeg ꝛc. und ferner: Jedoch ob besondern Personen ꝛc. die Ausnahme von der unmittelbar vorhergehenden allgemeinen Regel anfange, ist augenfällig.

Zu allem Ueberfluß wird in dem Laudo von 1488 die nemliche Verordnung nochmal wiederhohlt (§. 29).

§. 52.

Hiernach kann also der Schultheiß in allen, den Nutzen und Schaden der Stadt betreffenden Angelegenheiten für den Rath und die Bürgerschafft wieder seinen Lehnherrn, den Abten, stehen.

Einen andern Sinn diesen Verträgen beyzulegen, gestattet der Sprachgebrauch nicht.

§. 53.

Auch kömmt diese Auslegung mit den Lehnrechten und dem allgemeinen Gerichtsbrauch überein.

Nach der Kammergerichts Praxis ist ganz ausgemacht richtig, daß der Vasall wider seinen Lehnherrn actionem civilem anstellen kann *); besonders wenn der Vasall, wie

*) Ex communi & in Camera appobata opione Vasallus dominum sine venia in jus vocare potest, cum non sit subditus domini, nec de personis enumeratis in edicto praetoris, quae sine venia agere nequeunt.
Gail de pignorat. obs. 15. n. 4.
Minsinger Centur. IV. obs. 92.
Struv. syntagm. jur. feudal. C. II. n. 2.
Mül-

wie im unterstellten Fall, von Amtswegen wider seinen Lehnherrn vor Gericht erscheint Coactio accusandi etiam tum excusationem praebet, ubi vasallus ratione officii accusat vel defert **). Necessitas enim officii a praesumta calumnia excusat ***).

§. 54.

Bey gegenwärtigem feudo improprio, wo die servitia feudalia in der Erfüllung der Amtspflichten bestehen, und der Lehnherr selbst zugegen ist, wenn der Vasall dem Stadt-Magistrat schwört, wider Männiglich zu reden und zu werben, kann das vasallagium nicht nach der Strenge genommen werden, sondern ist vielmehr in so fern für nachgelassen zu achten, als es sich mit den Amtspflichten nicht verträgt.

§. 55.

Es ist demnach nicht wiedernatürlich (wie der Abt vorgiebt) wenn der Schulz zu Gengenbach gegen seinen Lehnherrn bey Gericht auftritt.

P 2 Der

Müller ad Struvium Tit. de in jus vocando. §. 5.
Cocceji jus controv. L. II. T. 3. 2. 1.

**) Rosenthal de feud. Tom. II. C. 10. concl. 22. n. 36.

***) l. 2. ff. de calumniator. l. 5. §. 13. ff. de his quae ut indignis auferuntur, & l. 2 C. de delatoribus.

Der Vasall kann wieder seinen Lehnherrn auf Befehl des Richters Zeugniß ablegen *), als Advocat einem Dritten wieder seinen Lehnherrn auf Geheiß des Richters dienen **); ja sogar das Richteramt in Sachen seines Lehnherrns begleiten ***).

In ältern Zeiten haben die Reichsschultheiße die Reichsstädte auf Reichstagen vertreten †), und dabey (wahrscheinlich) nicht selten wieder die Proposition des Kaysers (ihres eigentlichen Lehnherrns) das reichsständische freye Stimmrecht ausgeübt.

Unbedenklich haben daher die Schultheiße von Gengenbach in allen zwischen der Abtey und der Stadt errichteten ältern Verträgen und Laudis bey dem Stadtrath stehen können.

§. 56.

Es ist zwar bekannt vasallum domino antiquiori contra juniorem obligari ††). In untergebnem Falle sind aber keine zwey Lehnherren vorhanden.

Im Amtseyd schwört der Schultheiß, gehorsam, im Lehneyd aber nur, treu, hold und

*) Struv. Syntagm. jur. feud. C. IX. n. 4.
**) Gail Lib. I. Obs. 88. n. 5.
***) Rosenthal a. a. O. Concl. 23. n. 24.
†) Struben Nebenstunden V. Th. p. 317.
††) Rosenthal. T. I. C. 14. n. 9.

und gewärtig zu seyn. Der Amtseyd faßt demnach notam subjectionis in sich, und bindet weit mehr, als der Vasalleneyd.

Dieser wesentliche Unterschied unter Lehens- und Amtseyd wird II. F. 5. ausdrücklich anerkannt.

In casu vero collisionis vincit obligatio fortior, & is praeferendus, cui magis obligati sumus **).

Der Schultheiß erhält aus gemeiner Stadtkasse seine Besoldung, wohnt in der Stadt, und ist gemeiniglich zugleich Zwölfer des Raths. Ihm kann daher (arg. l. 14. § 7. in fin. ff. de bonis libertor.) nicht verdacht werden, wenn er in billigen Dingen zu der Stadt hält.

§. 57.

Der Abt glaubt dem Schultheißen durch einen Neutralitätsvorschlag aus der Verlegenheit zu helfen, wenn nemlich derselbe in Collisionsfällen keinem Theile Beystand leiste.

Da aber der Schultheiß beym Rath präsidirt, den Staab führt, die Umfrage vornimmt, und die Rathsschlüsse in Vollzug setzt: So würden die wesentlichsten Verrichtungen seines Amts bey einer Neutralität ins Ste-

*) Itter de feud. imper. C. 9. §. 43.
**) Wolf jus natur. §. 65.

cken gerathen, und der aus gemeinen Handwerksleuten und einem Stadtschreiber zusammengesetzte Magistrat würde den Beystand des Schultheißen eben zu einer Zeit entbehren müssen, wo dieses vor ihn sehr wichtig ist.

§. 58.

Ein zweyter Anstand, der aus der Lehnverbindlichkeit des Schultheißenamts entsteht, ergiebt sich bey dem Reverse, welchen der Schultheiß seinem Lehnherrn ausstellen muß.

Die Lehnreverse sind zwar bey Lehnhöfen sehr gewöhnlich, enthalten aber mehr nicht, als des Vasallen Bekenntniß, daß ihm das Lehen verliehen worden, und er dafür fidelitatem geschworen habe *).

§. 59.

Zu solch einem Reverse ist auch der Abt nach dem Vertrag vom Jahr 1624. allerdings berechtigt. Allein der Revers (§. 35), welcher diese Klage veranlaßt hat, ist von weiterm Umfang, und die Stadt widerspricht solchem mit Recht; denn der Herr Abt kann sich über die Amtsverrichtung des Schultheiß eine Privatcognition nicht zueignen, mittelst welcher er den Schultheiß, ohne Mitwirkung des Magistrats, nach Gutbefinden seines Amts entsetzen, oder dessen Resignation annehmen könne.

§. 60.

*) Boehmer Jus feud. §. 116.

§. 60.

Der Lehnherr kann zwar, wenn der Vasall jene Amtsverrichtungen versäumt, zu denen er noch dem Lehnvertrag verbunden ist, nach II. F 24. verb. sed non est alia justior causa &c. auf die Privation des bedingten Lehns klagen; indem sich dadurch der Vasall der Felonie omittendo schuldig macht *).

Jedoch muß causae cognitio immerhin vor der Privation hergehen **), da ohne diese dem Lehnherrn in seiner eignen Sache nach II. F. 16. verb. si inter ꝛc. die Beschuldigung des Vasallen nicht geglaubt wird ***).

§. 61.

Diese causae cognitio wird bekanntlich (nach II. F. 15. verb. cum sua curia dominus &c. a judicio parium Curiae, oder in dessen Ermanglung von der Lehnskanzley †) vorgenommen, wo der Lehnsherr den dem Vasallen zur Last gelegten Lehnfehler (nach II. F. 57. in fin.) gehörig erweisen, und des Lehnsgerichts Entscheidung erwarten muß.

---

*) Boehmer Jus feud. §. 357.
**) Mascov Jus feud. C 14. §. 28.
***) Rosenthal Tom. II. C. 11, n. 18.
†) Boehmer a. a. O. §. 228.

§. 62.

In unterstelltem Fall fehlt dieses Lehngericht, indem das alte Manngericht, von dem oben §. 26. Erwähnung geschieht, in Verfall gerathen ist, und wohl nie wieder zu Stand kommen mögte.

Ohnehin war dieses Manngericht eigentlich ein Ding- und Rügegericht; der Schultheiß würde daher die Beysitzer derselben als pares Curiae nicht anerkennen.

§. 63.

Sodann liegt das Schultheißenlehn gleichsam extra curtem. Alle Amtsverrichtungen geschehen im Reichsstadt-Gengenbachischen Gebiethe vor; auch fließen reditus feudi nicht ex Camera Domini, sondern aus gemeiner Stadtkasse.

Mit der Vollstreckung des Lehnurtels würde es daher sehr schwankend aussehen, der mit dem Magistrat einverstandene Vasall würde ungeachtet der wider ihn von der Abtey ausgesprochenen Condemnatoriae beym ruhigen Genuß seines Amtslehns verbleiben;

§. 64.

Dabey ist der Schultheiß dem Stadtrath durch einen förmlichen Amtseyd verbunden, den der Abt nicht nachlassen kann.

Hoc sua sponte consequitur (sagt Stryk de juramentis pag. 334.) tertio, cui non ju-

juratum est, nullum jus remittendi obsequium competere; cum jus alteri per juramentum quaesitum aufferre non possit.

§. 65.

Zu dieser remissione obsequii kann den Abt auch das Lehnband nicht berechtigen, womit das Schultheißenamt umwunden ist.

Selbst Kayserliche Majestät versprechen in der neuesten Wahlkapitulation art. 15. §. 3., der Reichsstände Landsaßen und Unterthanen, oder mit andern Pflichten zugethane Eingesessene, unterm Prätext der Lehnherrschaft, von ihren Pflichten nicht zu befreyen.

Endlich ist auch die Untersuchung der Amtsgebrechen des Schultheißen, in Rücksicht auf das mitverflochtene städtische Interesse und den Amtseyd, nicht ganz Feudalsache.

§. 66.

Wenn demnach der Abt den Schultheiß einseitig seines Amtslehns berauben will, so stoßen ihm bey jedem Schritte unübersteigliche Hindernisse auf.

Der Abt ist hier ein äußerst beschränkter Lehnherr. Sogar das Symbolum investiturae, der Gerichtsstaab gehört der Stadt; wird dieser vom Magistrat zurückgehalten, so kann die Belehnung nicht vor sich gehen.

§. 67.

Erst nach ausgeschwornem Amtseyd gelangt der Schultheiß zur Würklichkeit und

zum Genuß der mit seinem Amt verknüpften Utilitäten.

Und obgleich in der Regel feuda officii etiam morte concedentis exspiriren, (Rosenthal C. 2. n. 69.) so trifft doch solches beym Schultheißenlehn nicht zu.

§. 68.

Nach dieser Lage der Sache sollte nach gemeiner Regel der Stadtrath, als judex ordinarius, in subsidium eintreten *); allein auch dieser kann einseitig und ohne Mitwirkung des Abten den Schultheiß nicht entfernen.

Zwar ist der Magistrat, gemäß der Landeshoheit, befugt, die Gerichte zu besetzen, und zu entsetzen **). Es paßt dies aber auf den Schultheiß, den die Abtey wählt, nicht.

§. 69.

Das natürlichste ist ohnstreitig, daß beyde, der Abt und der Rath, eben so gemeinsamlich bey der Entlassung des Schultheißen zu Werke gehe, wie sie diese Anstellung gemeinsam vorgenommen haben.

Beyden ist der Schultheiß mit Pflichten zugethan, einseitig kann demnach dieses doppelte

---

*) Struv Syntagm. jur. feud. pag. 596.

**) Knipschild de Civitat. Imp. L. II. C. 8. n. 10.

pelte Band nicht aufgelößt werden. Der Stadtmagistrat verlangt auch mehr nicht, als cumulativam cognitionem, die ihm mit Billigkeit nicht versagt werden kann.

§. 70.

Wie aber bey dieser gemeinsamen Cognition zu verfahren seye, darüber findet sich durch ältere Beyspiele noch kein Gleiß vorgezeichnet, dem man nachfolgen könnte.

Wäre die Untersuchung des Schultheißen in allem Betracht eine Lehnsache, so könnte die Erörterung derselben allenfalls dem Domino feudi proxime superiori, dem Herrn Fürstbischoffen zu Bamberg, überlassen werden.

Denn die Frage: Ob Reichsafterlehn-Streitigkeiten vor dem Kayserlichen Ober- oder Unterlehnhof in erster Instanz untersucht und entschieden werden sollen, welche der Reichshofrath in Sachen Lichtenstein contra Kauniß, des Widerspruchs des Reichstags ohngeachtet, zum Besten der Kayserlichen Jurisdiction beantwortet hat *), kann hier, wo von keinem subfeudo Imperii cum regali dignitate die Rede ist, nicht aufgeworfen werden **).

§. 71.

---

*) Moser vom Lehnrecht. 1. B. 3. C. 9. §.

**) Pfeffinger ad Vitr. L. III. T. 2. p. 326. Tafinger Inst. jur. cam. §. 401 not. r.

§. 71.

Der schicklichste Vorschlag zur Ausübung dieser gemeinsamen Cognition scheint allerdings zu seyn, daß die Acten des gemeinsamlich geführten Untersuchungsprotocolls an eine unpartheyische Juristenfacultät verschickt würden; welches sich der Abt um so eher gefallen lassen könnte, da die responsa prudentum auch in Lehnsachen von Alters her in großem Wehrt gestanden sind *).

§. 72.

Inzwischen ward dieser modus in dem kammergerichtlichen Urtheil bestimmt nicht vorgeschrieben, sondern nur im Allgemeinen auf ein gemeinsames rechtlicher Ordnung nach einzurichtendes Verfahren gesprochen, da die Partheyen eigentlich keine bestimmte Vorschrift hierüber verlangt, sondern nur die thesin ad decidendum gebracht hatten. Es könnte ihnen also vor der Hand, sich über die Art und Weise des gemeinsamen Verfahrens zu vereinbaren, überlassen werden.

§. 73.

Was die Resignation der Schultheißen zu Gengenbach anlangt, so kann zwar der Vasall das Lehn nur seinem Lehnherrn refutiren. Wenn derselbe aber, wie in unterstelltem Fall, ein

*) Mascov Jus feud. C. 15. §. 24.

ein Amt zu Lehn trägt, die Geschäffte, die einen, Dritten mit angehen, zum Gegenstand hat: So kann dieser Dritte bey der Lehnsaufkündigung nicht übergangen werden.

§. 74.

Die Amtspflichten des Schultheißen kann ohnehin nur der Stadtrath erlassen. Und da der Schultheiß während seiner Anstellung den Vorsitz im Rath behauptet, alle städtische Angelegenheiten und Geheimnisse erfährt, und aus der Stadtkasse seinen Gehalt zieht: so erfodert es doch am Ende auch nur die bloße Wohlanständigkeit, daß er nicht hinter der Thüre Abschied nehme.

Hierdurch schon wird daher die Behauptung des Stadtrathts, daß alle bisher von den zeitlichen Schultheißen geschehene Resignationen sowohl dem Abt, als dem Magistrat angezeigt, und von beyden Theilen bewilligt worden seyen, höchst wahrscheinlich.

§. 75.

Der Herr Abt meint

1) als Lehnherr befugt zu seyn, seinem Vasallen nach Belieben Bedingnisse vorzuschreiben.

Diese Freyheit des Lehnherrn darf aber bis zum Nachtheil eines Dritten nicht ausarten.

Jurisdictio feudalis (erinnert Mascov in jur feudal. p. 271.) in feudis extra curtem

tem ita temperanda, ne superioritati territoriali deroget.

§. 76.

Sodann rühmt sich der Herr Abt

2) eines unvordenklichen Besitzes, dergleichen Reverse (worinn ihm, wie bisher mehrmal vorgekommen ist, die befragten Befugnisse zugestanden werden) den Schultheißen zu Gengenbach vorgeschrieben zu haben, dem der Stadtrath niemal widersprochen habe, ob ihm gleich der Inhalt erwähnter Reverse nicht habe verborgen bleiben können.

§. 77.

Allein diese exceptio praescriptionis hätte mit allen ihren Requisiten erwiesen werden sollen *).

Im vorliegenden Fall ist eine negatorische Klage erhoben worden, wo also ohnehin dem Beklagten seine Befugniß zu erweisen, obliegt **).

§. 78.

Daß ganze Packe von solchen Reversen vorhanden seyn sollten, sieht einer Prahlerey ähnlich. Vielmehr findet sich in den Acten ein

*) Zanger de exception. P. III. C. 10. n. 32. sq.
Hiltrop proc. judiciar. P. III. T. 8. n. 52.

**) Hofmann deutsche Reichspraxis, §. 425.

ein Schreiben des neuen Schultheißen, worinn derselbe nachstehendes äußert:

„Man hat mich — 3 ältere Schultheißen-Reverse einsehen assen — die alle 3 ungleichen Inhalts sind. In dem letztern habe ich zu meiner Befremdung die Absetzungsclausel bereits angetroffen — der vorhergehende aber enthält dies nicht; und in dem ersten, mit welchem die vorhergehenden ältern völlig übereinstimmen sollen, ist mir gar nichts Anstößiges vorgekommen, und kaum dasjenige, was der Lehneyd selbsten in sich begreift, darin zu finden.“

§. 79.

Dieses Schreiben des Vasallen (welchem nach II. F. 33. §. similiter ꝛc. wider seinen Lehnherrn Zeugniß abzulegen nicht zukömmt) verdient zwar wenig Rücksicht, läßt jedoch wegen des gleichförmlichen Besitzes des Abten Verdacht zurück.

§ 80.

Außer dem gedenkt zugleich der in Frage stehende Revers eines erst im Jahr 1738 zu Stand gekommenen Compromisses; er muß also hiernach nothwendig von den ältern Reversen verschieden seyn.

§. 81.

Sodann ist patientia & scientia Magistratus, ex qua praesumtus consensus, & ficta

licta quaedam concessio inducitur *), ganz ohne allen Beweiß gelassen worden.

§. 82.

Der Vertrag vom Jahr 1624. läßt dem Abt die Wahl, den Revers des Schultheißen am Tag der Präsentation dem Rath zur Einsicht vorzulegen, oder aber 2 Rathsdeputirte zur Belehnung zuzulassen.

Die Abtey hat aber (wohlbedächtlich) das leztere gewählt; daher das Vorgeben des Stadtraths: daß der Inhalt der Reverse für ihn ein undurchdringliches Geheimniß geblieben sey, vielen Schein der Wahrheit erhält.

§. 83.

Die vorgeschüzte exceptio praescriptionis steht daher nicht nur ganz beweißlos da, sondern würde auch noch mit dem l. 23. C. de Ss. Eccles., nach welchem res & jura civitatum nicht präscribirt werden können, zu kämpfen haben.

§. 84.

Endlich meynt die Abtey,

3) daß es sich für die Stadt nicht schicke, sich über den Schultheiß, als einen Kayserlichen Beamten, eine Cognition anzumaßen.

Al-

*) Zanger a. a. O. n. 93.

Allein, es ist bereits gezeigt worden, wie sehr das ursprüngliche Ansehen der Reichsschultheiße abgenommen hat; (§ 5 — 7.) welchem unter andern noch hinzugesetzt werden kann, daß z. B. die Reichsstadt Schweinfurth ihren Reichsamtmann für sich selbst absetzen kann *).

§. 85.

Es ward demnach auf alle bisher vorgekommne Punkte nach den erörterten Grundsätzen concludirt, daß

1tens der beklagte Abt die alten Verträge und Lauda beobachten, sohin den Schultheiß nicht abhalten solle, in allen das gemeine Beste der Stadt mittel- oder unmittelbar betreffenden, und in lehnrechten erlaubten Fällen wider ihn vor Gericht zu erscheinen, und die Rechte der Stadt zu vertheidigen; daß

2tens der Abt nicht befugt seye, den Reichsschultheißen, ohne Zuthun des Magistrats der Reichsstadt Gengenbach, seines Amts zu entsetzen, oder dessen Resignation einseitig anzunehmen; daß sohin

3tens der vom Abten dem Schultheiß Seeger vorgeschriebene Revers in Rechten nicht bestehe, sondern, soviel die darin ent-

*) Limnaeus Jus publ. C. 48. n. 7.

haltene einseitige Entlassung und Annahme der Resignation des Schultheißen betrifft, zu cassiren seye, und daß

4tens in künftigen Fällen, wo von ein oder dem andern Theil in den Amtsverrichtungen des Schultheißen Mängel und Gebrechen entdeckt würden, darüber nicht anders als ein gemeinsames, nach rechtlicher Ordnung eingerichtetes Verfahren Platz greifen solle.

§. 86.

Endlich ist noch aus der Proceßgeschichte erinnerlich, daß die Stadt in den Acten auch verschiedentlich darauf bestanden hatte, daß der Herr Abt zur Edition des Kayserlichen Privilegiums, nach welchem er befugt ist, den Schultheiß zu setzen, angehalten werden mögte.

Es ward aber hierüber hinweggegangen, indem bey der Entscheidung dieser Sache diese Urkunde ganz überflüssig war, da die Stadt selbst dem Abten das Recht und den Besitz, den Schultheißen zu Gengenbach zu wählen, bereits in der Klagschrift, und sonst in den Acten vielfältig eingeräumt hatte. Ohnehin wäre hiernach der Abt secundum famosam regulam legis 11. C. p. ut. heredit. titulum suae possessionis aufzuweisen nicht schuldig gewesen.

§. 87.

§. 87.

Schließlich lasse ich das in der Sache ergangene Urtheil in extenso hier beydrucken:

Sententia 13. Febr. 1784. publicata.

In Sachen der Reichsstadt Gengenbach Klägern eines, wider Herrn Abten und Convent daselbst, Beklagte andern Theils, Citationis ad videndum cassari reversales ꝛc.

Ist die durch Dr. Hofmann unterm 26ten April, 14ten November und 15ten December anni praeteriti extrajudicialiter übergebene Supplicas ad Acta zu registriren verordnet, darauf allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt:

Daß ermeldeter Herr Beklagter, den Reichsschultheißen zu Gengenbach, seinen Vasallen, ohne Zuthun des klagenden Magistrats seines Amts zu entsetzen, oder dessen Resignation einseitig anzunehmen, sohin dem zeitigen Schultheißen einen dahin lautenden Lehnrevers vorzuschreiben nicht befugt, sondern er hieran bisher zuviel und Unrecht gethan, daher gedachter Lehnrevers zu cassiren und aufzuheben, künftig aber, wo von einem oder dem andern Theil in den Amtsverrichtungen des Schultheißen Mängel und Gebrechen entdeckt werden sollten, gemeinsam, rechtlicher Ordnung nach, zu verfahren, auch überhaupt die alten Verträge und Lauda genau zu beobachten, sofort dem

Schultheißen in allen, das Beste gemeiner Stadt mittel- oder unmittelbar betreffenden, und in Lehnrechten erlaubten Fällen wider ihn, Herrn Beklagten, vor Gericht zu erscheinen, auch für die Stadt zu reden und zu werben, allerdings zu gestatten, und Herr Beklagter dahin zu condemniren und zu verdammen seye.

Als wir hiermit schuldig erkennen, cassiren und aufheben, gestatten, condemniren und verdammen, die Gerichtskosten, derentwegen aufgelaufen, aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend.

Dann ist obgemeldtem Herrn Beklagten zu würklicher Gelebung dieser Urtel, und wie er solcher nachzukommen gedenke, anzuzeigen, Zeit 3 Monathen pro termino & prorogatione von Amtswegen angesetzt, mit dem Anhange, daß ꝛc. uti in executorialibus.

Ach-

Achter Rechtsfall,

über die Materie von unjustificirlichen Arresten, unerlaubten Repressalien, und dem Schadensersatze.

Inhalt.

§. 1 — 29. Proceßgeschichte, wobey die oben bemerkten Gegenstände vorliegen.
§. 30 — 45. Beurtheilung und Ausführung über das ergangene Urtheil.

§. 1.

Factum cum historia processus

Georg Freymann, ein Fleischhauer aus Wirzburg, borgte von dem Ulsamer, einem ebenmäßigen Bürger und Mezger daselbst, ein Anlehen von 103 fl. fränk. oder 128 fl. 45 kr. rhein.

§. 2.

Der erwähnte Freymann verfügte sich den 11ten Jul. 1737. auf den Viehmarkt nach Nürnberg, und kaufte dort von einem Schweinhändler Johann Gerhard aus dem Nürnbergischen Amt Bezenstein 63 Stück Schweine, das Paar zu 12 fl., zahlte daran 40 fl. auf Abschlag, und stellte dem Johann Gerhard über den Rest einen Schein aus, empfing dagegen von dem Verkäufer die Schweine, der seinen Sohn zu Abholung des übrigen Geldes mit nach Wirzburg sendete.

§. 3.

Als nun Freymann in Begleitung des jungen Gerhard mit den Schweinen zu Wirzburg anlangte, begegnete ihm der erwähnte Ulsamer in der Stadt, und that ihm alsbald den Antrag, daß er, Freymann, für die an ihn, Ulsamer, schuldige 103 fl. fränk. ihm entweder einige von diesen Schweinen an Zahlung statt, oder zu seiner mehrern Sicherheit Pfandweise überlassen mögte.

In diesen leztern Antrag willigte Freymann, und Ulsamer bekam sofort 20 Stück Schweine, als Unterpfand.

§. 4.

Der junge Gerhard, welcher von seinem Vater mitgeschickt worden war, um die noch rückständige 322 fl. rhein. innerhalb 8 Tagen zurück zu brin-

bringen, merkte bey dieser Gelegenheit, daß Freymann nicht im Stande sey, die Schuld zu bezahlen. Er belangte also den Käufer bey dem Fürstl. Wirzburgischen Vicedomamt, und trug darauf an, daß man so wohl den Freymann, als die von ihm bereits verkaufte Schweine mit Arrest belegen mögte.

§. 5.

Letzteres, daß nemlich die Schweine mit Arrest belegt wurden, ward erkannt, und dieser richterliche Spruch dem Ulsamer insinuirt; worauf dieser dagegen seine Nothdurft bey gedachtem Amt vorstellte, und dem Freymann den Eyd darüber auftrug, ob er ihm die in Frage stehende 20 Stück Schweine nicht zu seiner bessern Sicherheit Pfandweise übergeben habe.

§. 6.

Den 26ten Jul. 1737 erklärte Freymann, daß er den ihm aufgetragenen Eid nicht abschwören könne, sondern, daß er das Angeben des Ulsamer eingestehen müsse.

Darauf erging von besagtem Vicedomamt der Bescheid, daß Gottfried Ulsamer mit Johann Georg Freymann ohne Zeitverlust eine gründliche Abrechnung pflegen, damit er zu dem seinigen gelangen, und dem Johann Gerhard von Bezenstein ebenfalls zu dem seinigen verholfen werden könne, von allen Pfändern aber, welche Gottfried Ulsamer von Hanns

Georg Freymann noch in Händen hätte, sollte jener bis zu ausgemachter Sache nicht das geringste aus seiner Verwahrung lassen.

§. 7.

Unter dem nemlichen dato zeigte Freymann bey dem Amt an, daß er nach gepflogener Abrechnung, dem Gottfried Ulsamer noch 103 fl. fränk. liquida schuldig verbleibe; welchem nach letzterer bat, ihm nunmehr mit Verkaufung der Schweine und des in Händen habenden Faustpfandes zu dem Seinigen zu verhelfen; worauf der Spruch erfolgte:

Daß Andreas Gerhard die 20 Schweine, welche Gottfried Ulsamer in Verwahrung habe, verkaufen, der aufgestellte procurator Graefner aber das Geld jederzeit, wie es falle, in Verwahrung nehmen solle, damit Ulsamer contentirt werden, und Johann Gerhard den Rest zu sich nehmen könne.

§. 8.

Den 29ten des gedachten Monats kam hierauf Gerhard von Bezenstein selbst nach Wirzburg, und protestirte beym Amt gegen alles, was sein Sohn, der schon einige mal erwähnte junge Gerhard, ein Mensch von 18 Jahren, verhandelt hätte.

Freymann bezog sich auf den mit Klägern abgeschlossenen Kauf, die erfolgte Uebergabe der Sache und den ihm anvertrauten Werth, wie

wie auch die darauf dem Johann Gerhard bezahlte 40 fl., wogegen dieser antwortete: daß er, wenn er dem Freymann die 63 Stück Schweine anvertrauet hätte, seinen Sohn nicht mitgeschickt haben würde.

Hierauf erging der Bescheid: Es hätte sein Verbleiben, daß, nach Maasgab der vorigen Resolution, Gerhard die 20 Stück Schweine selbst verkaufen, Procurator Graefner das daraus erlößte Geld zu sich nehmen und bis zum Ausgang der Sache beym Amt hinterlegen solle.

§. 9.

Ussamer bot alsbald auf die 20 Stück Schweine 70 Rthlr. mit der Bitte, dem Gerhard die Stellung eines bessern Käufers aufzuerlegen, oder ihn anzuhalten, daß er selbst sie um den nemlichen Preiß behalten mögte.

§. 10.

Hierauf ward den 5ten Aug. des erwähnten Jahrs 1737, in Ansehung der Kosten, welche die fernere Verpflegung der Schweine erfoderte, dem Freymann aufgegeben, solche so hoch, als er könnte, zu verkaufen, und das daraus erlößte Geld durch den Procurator Graefner bey dem Amte zu hinterlegen.

§. 11.

Den 17ten des gedachten Monats hinterlegte der Procurator Gräfner 77 Rthlr. und

3 Batzen vor Gericht, die er aus den 20 Schweinen erlöset hatte. Diese wurden dem Gottfried Ulsamer auf Abschlag seiner Foderung à 128 fl. 45 kr. rhein. zugestellt, und das Amt erkannte darauf weiter, daß es bey dieser an Ulsamer geschehenen Zahlung zu belassen wäre, dagegen aber Freymann den Johann Gerhard, so bald möglich, zu befriedigen hätte, wobey dem Ulsamer noch ex officio bedeutet wurde, daß, wenn er von dem Freymann auch ganz befriediget seyn würde, dennoch das von ihm in Händen habende Faustpfand nicht herausgeben, sondern solches zur Sicherhit des Gerhard von Bezenstein durch Procurator Gräfner versiegelt werden sollte.

§. 12.

Bey der immittels zwischen Gerhard und Freymann bey dem Amte gepflogenen Berechnung ergab sich, daß jener, an den zu fordern gehabten 222 fl., 263 fl. 52½ kr. zurück erhalten, mithin dessen Foderung nur noch in 68 fl. 7½ kr. bestand, welche Freymann dem Gerhard noch denselbigen Winter zu bezahlen versprach.

§. 13.

Da nun gegen die vorgemeldten Bescheide des wirzburgischen Vicedomamts von Seiten des Johann Gerhards kein Rechtsmittel ergriffen worden war, so beruhete diese Sache auf sich.

Ul-

Ulsamer ging bald darauf nach Nürnberg, er war aber kaum auf dem Viehmarkte allda angekommen, als er von Gerhard bey dem dortigen Magistrat belangt und durch einen Stadtknecht dahin vorgeladen wurde.

Ulsamer deckte sich bey der gepflogenen Verhandlung mit seinem rechtskräftigen Urtheil, und wurde von der gegen ihn angestellten Klage richterlich entbunden.

§. 14.

Gerhard machte bey dem Magistrat zu Nürnberg neue Vorstellungen, auf welche dieser den 8ten Oct. im erwähnten Jahre 1737 ein Vorschreiben an die fürstliche Regierung zu Wirzburg erließ, und darauf antrug, daß Ulsamer angehalten werden mögte, die für 20 Stück Schweinen empfangene 77 Rthlr. an den Gerhard zu bezahlen.

§. 15.

Den 13ten Nov. ej. a. schickte die wirzburgische Regierung an den Magistrat zu Nürnberg den eingezogenen Amtsbericht, nebst den alldort abgehaltenen Protocollis, bezog sich auf die darin enthaltene rechtskräftige Bescheide, und erbot sich, dem Johann Gerhard gegen den Freymann alle nur mögliche richterliche Hilfe angedeihen zu lassen.

§. 16.

Den 27ten Jun. 1738 bedrohete darauf Nürnberg wegen dieser Sache den Herren Fürsten

Fürsten zu Wirzburg mit der Selbsthilfe, wogegen dieser den 15ten Jul. ej. a. abermal alle Justizbeförderung anbot.

§. 17.

Den 10ten Sept. 1738 ging Ulsamer seinem Viehhandel nach, und kam bey dieser Gelegenheit nach Bezenstein, in welchem Ort Johann Gerhard wohnte.

Dieser machte in dem nemlichen Augenblick seine an ihn vermeintlich habende Foderung bey dem dortigen Amte rege, welches ohne alle von Gerhard beygebrachte Bescheinigung den Ulsamer ohne Verzug in gefängliche Haft nehmen ließ, und ihm sodann bedeutete, daß er entweder eine Bürgschaft von 800 fl. stellen, oder so lang im Arrest verbleiben solle, bis Johann Gerhard wegen seiner an ihn habenden Foderung befriedigt seyn würde.

Ulsamer stellte dagegen vor, daß die Klage des Gerhard bey dem Vicedomamt zu Wirzburg längstens abgethan, und er so gar von dem Magistrat zu Nürnberg davon losgesprochen sey.

Diese seine Vorstellung war aber vergeblich: Er mußte gefänglich zurück bleiben.

§. 18.

Den 8ten Octob. 1738 bat darauf die wirzburgische Regierung bey dem Magistrate zu Nürnberg um die Loslassung des Ulsamer.

Den

Den 24ten des nemlichen Monats antwortete die Stadt, daß der Arrest von Seiten des Amts Bezenstein gegen Ulsamer mit Recht verhängt worden sey, weil man zu Wirzburg dem Gerhard keine Justitz mitgetheilt hätte.

Den 7ten Nov. verlangte Wirzburg abermals die Loslassung des gefangenen Ulsamers, welches aber Nürnberg trozig verweigerte und darauf bestand, daß Gerhard von dem Freymann vollständig bezahlt werden sollte.

§. 19.

Der Arrest dauerte 15 Wochen. Anfänglich wurde dem Ulsamer für seine Bezahlung die nothwendige Nahrung zwar gegeben; da ihm aber in der Folge die bey sich gehabten 89 fl. 9 Batzen fränk. oder 112 fl. rhein. von dem Amte abgenommen wurden, und er also nicht mehr im Stande war, sich selbst zu verköstigen, so ward ihm mehr als 4 Wochen lang nichts als Wasser und Brod gereicht.

Er stellte dagegen vor, daß er mit dieser geringen Kost bey so großer Kälte zu Grund gehen müsse; worauf ihm aber der Amtmann zu Bezenstein antwortete, daß dem Magistrate zu Nürnberg gar nichts daran liege, wenn er auch in dem Gefängnisse krepiren würde.

§. 20.

Immittels aber war Benedict Eckart, ein Nürnbergischer Unterthan von Steinbühl, der

von

von Johann Gerhard in das wirzburgische nach Rantesacker geschickt worden war, um dort bey einem Schuldner, Namens Bornflegel, 189 fl. einzutreiben, in der Stadt Wirzburg, wo er ein Executionsdekret wegen der gedachten Schuld nachgesucht und auch erhalten hatte, in Arrest genommen und auf die Hauptwache gesetzet worden, wobey ihm bedeutet wurde, daß er allda so lange im Arrest bleiben müsse, bis der Gottfried Ulsamer, welcher zu Bezenstein in gefänglichen Haften säße, losgelassen seyn, und zureichende Genugthuung haben würde.

Nebst diesem ward die gedachte Foderung des Gerhard von 189 fl. mit Arrest belegt, und dem Benedict Eckart der Schein, welchen er über jene Schuld bey sich hatte, von dem wirzburgischen Hofschultheißenamt abgenommen, und an die dortige Regierung überliefert.

§. 21.

Ueber diesen Vorgang beschwerte sich Nürnberg in einem Schreiben vom 2ten December 1738. und glaubte, daß Wirzburg wegen der Gefangennehmung des Ulsamer zu diesen Repressalien nicht berechtigt gewesen sey. Worauf aber Wirzburg mit der Bedrohung anwortete, daß, wenn Nürnberg den Ulsamer nicht gleich entlassen würde, künftig

alle

alle Nürnberger, die das wirzburgische Land betreten würden, gefänglich angehalten werden sollten.

§. 22.

Den 9ten Jan. 1739 erklärte Nürnberg, den Ulsamer entlassen zu haben, und gestand, daß ihm zur Sicherheit des Gerhardes 112 fl. abgenommen worden seyen.

Welchem nach der Benedict Eckart den 17ten Febr. ej. a. von Seiten Wirzburg gleichfalls seines Arrestes entlassen wurde.

§. 23.

Im Jahr darauf, 1740 nemlich, trat hiernach Ulsamer gegen die Stadt Nürnberg bey dem Kayserl. Reichskammergerichte als Kläger auf, und bat per Suppl. vom 12 Aug. ein Mandatum de restituendo vi injuste extortam pecuniam, & de impósterum non attentando in personam impetrantis, nec non satisfaciendo de damnis & expensis per arrestum causatis S. C. zu erkennen.

Hierauf erging den 28ten April 1741 der Vorbescheid:

N. z. Z. abgeschlagen, sondern, wofern Supplicant die gewalsame Arrestirung und beschehene Hinwegnahme des quaest. Geldes, imgleichen die angegebene Hinderung an fernerem Handel und Wandel behörig bescheinigen würde, soll ferner ergehen, was Recht ist.

§. 24.

§. 24.

Den 5ten Jul. ej. a. übergab hiernach Implorant eine anderweite Supplicam pro decernendo retro petito Mandato, und brachte hierin die aufgegebene mehrere Bescheinigung nach.

Worauf den 9ten Aug. ej. a. das gebetene Mandatum de restituendo vi injuste extortam pecuniam — übriges Begehren aber C. C. erkannt wurde.

§. 25.

Die hiergegen von Seiten der beklagten Stadt übergebenen Exceptiones Sub- & Obreptionis sind des kurzen Innhalts:

Da Gerhard wegen seiner Foderungen keine Hilfe zu Wirzburg habe hoffen können; so hätte man den Ulsamer, der nach Bezenstein gekommen, auf Antrag des Gerhards zu einer Caution anhalten wollen, und ihn, weil er solche nicht geleistet, gefänglich niedergesetzt.

Ulsamer hätte sich zwar auf ein Urtheil des Vicedomamts zu Wirzburg bezogen; da aber dieses nur so viel enthalte, daß Gerhard nichts an den Ulsamer, sondern an den Freymann zu fodern hätte, so seye dem arrestato von dem Amt Bezenstein der Bescheid ertheilt worden: daß man ihn nicht eher loslassen würde, bis er den Gerhard wegen der 20 Stück Schweine, durch Hinterlegung des Geldes

des oder hinlängliche Bürgschaft, sicher gestellt hätte, wobey ihm jedoch unbenommen bliebe, die etwa habende Gegenfoderung bey dem Magistrat zu Nürnberg, oder dessen Pflegeamt auszuführen.

Von Seiten Wirzburg hätte man sich in den für Ulsamer gemachten Vorstellungen auf eine rem judicatam bezogen: Allein von dem dortigen Vicedomamt seye wegen des unterlossenen Betrugs des Freymann contra jus in thesi, und in Ansehung des facti, sine ulla probatione fidei de pretio habitae, gesprochen worden.

Ungeachtet man dieses alles der wirzburgischen Regierung deutlich vorgestellt habe, so wäre sie doch zu Repressalien geschritten, und hätte nicht nur eine Foderung à 169 fl. welche der Gerhard zu Rantesacker gehabt, sondern auch den von ihm zu deren Erhebung abgeschickten Boten Eckart mit Arrest beleget. Nach diesem Vorgang hätte man dem Ulsamer zu Bezenstein 112 fl. rhein. abgenommen und bey Amt hinterlegt, und da hiernach Gerhard den 12ten Dec die loslassung des Ulsamer verlangt habe, seye solche erfolgt, und der Impetrant nach gethaner Angelobung de non vindicando carcere frey gelassen worden.

Dessen ungeachtet hätte man den Eckart zu Wirzburg nicht losgelassen, sondern vielmehr nebst den bey Amt hinterlegten 112 fl.

rhein. noch eine Entschädigung von 1 11 fl. fränk. verlangt und mit neuen Thätlichkeiten gedrohet. Nürnberg habe sich hiernach unmittelbar an ihre Hochfürstliche Gnaden zu Wirzburg gewendet, worauf dann der Eckart 1739, nachdem er in allem 12 Wochen lang in gefänglichen Haften gesessen, entlassen worden seye.

Die in Beschlag genommenen 169 fl. des Gerhard würden, allem Vermuthen nach, dem Ulsamer ausgezahlt worden seyn, es sey also Ulsamer wegen seiner 112 fl. nicht nur allein dadurch, sondern auch durch die verkaufte 20 Stück Schweine, und die für den Freymann bey dem Wirzburgischen Vicedomamt hinterlegte Gelder in voller Maaße gesichert.

Man bitte also, da hiernach 1) der Arrest gegen den Ulsamer qua injustum & malitiosum rei alienae detentorem auf Anrufen des Gerhards von dem Pflegamte zu Bezenstein jure Magistratus erkannt worden sey, da 2) dieser Arrest wegen der von Wirzburg verweigerten Justiz habe verhängt werden müssen, und auch 3) bey den arrestis imperii die Unkosten von Zeit der angebotenen Sicherstellung gefodert werden könnten, das ergangene Mandat wieder aufzuheben.

§. 26.

In replicis setzte der Impetrant den erwähnten Exceptionen entgegen:

Bey

Bey Arresten wären zuerst die abgenommene Sachen zurückzugeben und sodann sey die Ursache des Arrestes zu untersuchen.

Nürnberg gründe sich in dieser leztern Beziehung auf die von Seiten Wirzburg gegen den Eckart vorgenommene Handlungen; Allein Impetrant hätte sie durch einen darauf gemachten Antrag nicht bewirkt, und sie also auch für dasjenige zu haften nicht verbunden, was seine Landesobrigkeit, um ihre Befugnisse zu schützen, vorgekehret habe.

Die Gefangenschaft des Eckart ließe sich mit der seinigen nicht vergleichen, weil dieser zu seiner hinlänglichen Nahrung alle Tage 10 kr., Impetrant hingegen 4 Wochen lang nur Wasser und Brod zu seiner Nahrung erhalten hätte.

Die Rechtmäßigkeit des erkannten Arrests erhelle vorzüglich daraus, daß Gerhard, welcher ihn veranlasset, solchen mit nichts habe bescheinigen können, und Impetrant dem Oberamt zu Bezenstein die für ihn streitende rechtskräftige Urtheil vorgezeigt hätte. Von Wirzburg seye Impetraten die Gerechtigkeit nicht verweigert worden.

Die an ihm Impetranten verübte Gewaltthätigkeiten wären nebst der beschehenen Abnahme des Geldes à 112 fl. eingestanden, und den erlittenen Schaden wolle er nach seiner

Angabe eidlich erhärten, adnexo petito pro Mandato arctiori.

§. 27.

Die Stadt Nürnberg übergab hierauf Duplicas, worin nebst Wiederholungen noch folgendes gesagt wird:

Es könnte für den Ulsamer keine res judicata vorwalten, weil Gerhard gegen ihn zu Wirzburg nie geklagt habe. Sollte auch in dieser Beziehung von dem dasigen Vicedomamt ein Bescheid erlassen worden seyn: so wäre dieser mit unheilbaren Nichtigkeiten behaftet. Die Justizverweigerung der Fürstlich wirzburgischen Regierung sey offenbar, und nachdem sie eine Schuldfoderung des Gerhard à 169 fl. mit Arrest belegt habe, so hätte man aus einer ganz gemäßigten retorsion auch dem Impetranten zu Bezenstein 112 fl. abnehmen können. Derjenige, welcher eine Sache ungerechter Weise an sich gezogen habe, könnte aller Orten gefänglich angehalten werden. Daß Ulsamer 15 Wochen lang gesessen, wäre eine Folge von seiner Hartnäckigkeit gewesen, indem er den Betrag für die 20 Schweine weder deponiren, noch dafür Sicherheit habe stellen wollen. Aus welchem Grund er sich auch den erlittenen Schaden selbsten beymessen müßte. Repetendo petitum pro cassatoria.

§. 28.

§. 28.

Immittels kam auch hiernach Johann Gerhard den 14. Sept. 1744 interveniendo ein und stellte vor:

Daß er bey dieser Sache vorzüglich interessirt sey, weil er auf die Gefangennehmung des Ulsamer angetragen habe. Da nun aus den Acten erhelle, daß 1) Freymann Intervenienten um 20 Stück Schweine betrogen, folglich das dominium auf den Ulsamer nicht habe übertragen können, und 2) Intervenienten, der sich hierwegen an den Impetranten halten wollen, die Justiz verweigert worden sey, nebst diesem 3) ihm von Seiten Wirzburg eine Schuldfoderung a 169 fl. in Beschlag genommen worden sey, und die Gerichtsbarkeit des Kayserl. Reichs-Kammergerichts ob manifestam causae connexitatem begründet sey: So bitte er das zwischen Nürnberg und dem Ulsamer erkannte Mandatum wieder aufzuheben und ihm Intervenienten wider den Ulsamer zu Verabfolgung derer zu Rantesacker verkümmerten 169 fl., wie auch zu Erstattung des Werths der 20 Stück Schweine, cum omni refusione damnorum & expensarum, verhilflich zu seyn.

§. 29.

Der impetrantische Anwalt äußerte hierauf blos per recessum, daß diese Intervention

in retroactis bereits ihre Abfertigung fände; er widerspreche daher derselben per mera generalia, und bitte den Intervenienten damit nicht zu hören. Schließlich übergab Impetrant zwar noch eine Triplikschrift, welche aber nichts als recocta enthält, daher der impetratische Theil solche auch unbeantwortet ließ. Worauf von beiden Theilen ad sententiam submittirt wurde.

Beurtheilung.

§ 30.

Um nun vorerst die Art der (bisher erzählten) angestellten Klage zu untersuchen, so kann man sagen, daß, da der Impetrant sein petitum auf ein factum nullo jure justificabile gegründet, und um ein Mandatum nachgesucht hat, Actio grneralis in factum angestellt, und imploratio officii judicis damit verbunden sey.

Will man aber die Sache näher bestimmen, so ergiebt sich alsbald, daß, da das petitum auf ein Mandatum de restituendo vi injuste extortam pecuniam vorzüglich gehet, Impetrant ex interdicto de vi & vi armata geklaget habe.

Dieses interdictum gieng zwar anfänglich blos auf die Invasion rei alienae immo-

mobilis privata authoritate *). Da jedoch solches in seiner Grundlage dahin zwecket, daß Niemand sich selbst Recht schaffen solle: so ist diese Klagart in der Folge auf res mobiles ausgedehnet worden **), und nach derselben muß die Erstattung cum omni causa ***) habita ratione fructuum & reliquarum utilitatum receptarum †) Mit einem Wort, resarcitio omnium damnorum & ejus, quod interest, geschehen ††); auf welche beschriebne Resarcition in ihrem ganzen Umfange der impetrantische Ulsamer mitgeklagt hat.

Wollte man aber sagen, daß der Richter ex officio auf die für den Kläger vortheilhafteste Klagart Rücksicht nehmen müsse, so würde für den hier klagenden Theil condictio ex C. redintegrandorum eintreten müssen †††).

§. 31.

Der Beweis von dieser Klage beruhet in dem vorliegenden Falle darauf: daß 1) das

*) L. 1. §. 4. ff. de vi.

**) L. 1. §. 6. L. 13. §. 15, ff. de vi.

***) L. 1. §. 31. l. c.

†) L. 1. §. 40. ibid.

††) L. 1. §. 34. L. 6, c. l.

†††) vid. Boehmer in jure eccles. Protest. lib. 2. t. 13. §. 7.

Amt Bezenstein den Impetranten über 3 Monat lang in gefänglichen Haften gehalten, und 2) ihm 112 fl. abgenommen hatte, daß 3) dieses Verfahren die Stadt Nürnberg genehmiget, solches 4) in den Acten eingestanden und 5) noch zu vertheidigen gesucht hat.

§. 32.

Dagegen wendet die impetratische Stadt ein, daß

a) von Seiten des Amts Bezenstein gegen den Ulsamer der Arrest auf Antrag des Gerhards jure magistratus, um so statthafter verfügt worden sey, als

b) die fürstlich-wirzburgische Regierung den gegen Impetranten klagenden Gerhard auf die von Seiten Nürnberg in dieser Beziehung erlassene Vorschreiben nie gehöret, folglich die Justiz verweigert habe.

Was die dem impetranti hinweggenommene 112 fl. betreffe, so wäre

c) dieses nur per modum sequestri, und erst alsdann geschehen, da von Seiten Wirzburg die Foderung des Johann Gerhards à 169 fl. zu Rantesacker in Beschlag genommen worden sey, bey welchen Umständen und da man von Seiten Wirzburg den vielfältigen Vorschreiben der Stadt Nürnberg das rechtliche Gehör versaget hätte, die in den Gesetzen erlaubte retorsion eingetreten wäre.

Woll-

Wollte man aber sagen, daß Ulsamer ein rechtskräftiges Urtheil für sich gehabt habe, so sey

d) solches mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet, weil der Freymannn den Gerhard ganz offenbar betrogen habe, aus einem so gearteten Vertrag keine Verbindlichkeit erwachsen könnte, mithin der Freymann außer Stand gewesen sey, das Eigenthum oder das Besitzrecht der 20 Stück Schweine auf den Ulsamer zu übertragen.

Hieraus folge, daß das Vicedomamt zu Wirzburg durch die Erlassung des Bescheides, vermöge welchem die Schweine verkauft worden, und Ulsamer daraus seine Bezahlung erhalten sollte, nichtig gehandelt habe.

Da also dieser nichtige Bescheid den Impetranten nicht schützen können, so wäre der Anspruch des Gerhards auf den Ulsamer gegründet gewesen, und jener, da dieser ihm wegen seiner Foderung keine Sicherheit habe stellen wollen, befugt gewesen, den Impetranten zu Bezenstein gefänglich anhalten zu lassen.

Nach welchem allem sich dann die Rechtmäßigkeit des von dem Oberamt Bezenstein erkannten Arrests darstelle, und sohin die von dem Impetranten gemachte Foderungen eines Schadenersatzes hinwegfalle.

§. 33.

Allein es ist hier in Ansehung des Hergangs vorläufig in Rückerinnerung zu bringen, daß 1) zwischen Freymann und Gerhard über die erwähnten 63 Stück Schweine ein verus contractus emtionis venditionis vorgewaltet hat (§. 2) qui absolvitur consensu de domino rei certae pro certo pretio tradendo *), daß 2) dem Freymann von Gerhard die Schweine übergebene (eod. 2.) und folglich demselben das Eigenthum davon übertragen worden ist **) und daß 3) Johann Gerhard 40 fl. darauf empfangen hat, und das übrige von ihm dem Freymann geborget worden ist (eod. §. 2.), welches alles durch eine in den Acten beygebrachte Zeugenaussage bestärkt ward.

§. 34.

Der Richtigkeit des geschehenen Kaufs stehet nicht entgegen, daß Gerhard dem Freymann seinen Sohn nach Wirzburg mitgeschickt hatte, denn das geschah nicht in der Absicht, daß er erst zu Wirzburg dem Freymann die 63 Stück Schweine übergeben, sondern daß er das auf

---

*) §. 33. Schaumburg in Compend. A. lib. 28. t. 1. §. 1. und so alle übrigen Commentatores ad ff.

**) §. 40. Inst. de adquir. rer. domin. L. 20. C. de Pact.

auf den Handel noch rückständige Geld von dem Käufer zurückbringen sollte (§. 2.)

Hat aber Gerhard den Freymann durch die Uebergabe zum Eigenthümer der Schweine gemacht, so konnte letzterer sie auch einem andern Pfandweise überlassen.

§. 35.

Die Stadt Nürnberg wendet zwar ein, daß der ganze Kaufcontract von Seiten des Freymann durch einen Betrug veranlasset worden, und daher nichtig sey; da sich aber dieser angebliche Betrug darauf gründet, daß Freymann etwas gekauft habe, was er zu bezahlen nicht im Stande gewesen wäre, so bewähren 1) die Acten, daß die ganze Foderung à 322 fl, bis auf 68 fl. von dem Freymann abgetragen worden sey (§. 12.) daß 2) dem Gerhard wegen dieser 68 fl. von dem Vicedomamt eine hinlängliche Sicherheit auf ein Faustpfand gegeben worden sey, welches dem Freymann gehörte, und auf welches Ulsamer 128 fl gelehnet hatte (§. 11.) Und es war 3) Freymann noch nicht in Concurs verfallen, daher man also nicht sagen kann, daß er zur Zeit des mit Gerhard geschlossenen Kaufs insolvendo gewesen sey, und folglich denselben vorsetzlicher Weise betrogen habe.

§. 36.

Nachdem nun solchergestalt der angebliche dolus hinwegfällt, und der Contract zwi-

schen

schen beyden Theilen bestehet, das dominium auch dem Freymann übertragen worden ist: So hat das Vicedomamt zu Wirzburg keine Nichtigkeit begangen, da es dem Ulsamer erlaubt hat, die Schweine, welche er von dem Freymann als Unterpfand erhalten hatte, unter amtlichem Beystand zu verkaufen.

Sollte aber auch dieses Urtheil nicht ganz in der Ordnung gewesen seyn, so hätte von Gerhard ein Rechtsmittel gegen dasselbe ergriffen werden sollen. Da aber dieses von ihm nicht geschehen ist, und dessen ungeachtet derselbe den Ulsamer, der mit ihm nicht contrahirt hatte, und welcher ihm folglich nichts schuldig war, bey dem Magistrat zu Nürnberg belangt hatte, dieser dagegen selbst auch dort von der angestellten Klage absolvirt worden war (§. 13), mithin eine doppelte rem judicatam für sich hatte: So bleibt es immer eine nicht zu rechtfertigende That, daß 1) Gerhard bey dem Amte zu Bezenstein gegen Impetranten auf einen Personalarrest angetragen hat, 2) dieser von gedachtem Amte ohne alle Bescheinigung erkannt 3) von der Stadt Nürnberg begnehmigt, und 4) auf die eingelangte Vorschreiben der fürstl. wirzburgischen Regierung nicht relaxiret, ja so gar 5) der Impetrant darauf noch härter gehalten und 4 ganze Wochen lang bey der strengsten Kälte

te nur mit Wasser und Brod gespeiset worden ist.

§. 37.

Die Reichsstadt Nürnberg glaubt zu diesem harten Verfahren gegen einen dritten Unschuldigen dadurch berechtigt gewesen zu seyn, weil man ihrem Unterthan Gerhard die Justiz verweigert habe; Allein dieses Angeben streitet gegen die Acten, indem die von Wirzburg erlassenen Schreiben das gerade Gegentheil darthun, da der Stadt Nürnberg die protocolla des Vicedomamtes eingesendet worden sind, und Impetraten das wiederholte Erbieten geschehen ist, daß man dem Gerhard wider den Freymann alle nur mögliche Justiz administriren wolle (§. 15. u. 16).

§. 38.

Was nun die dem Impetranten in dem Arrest abgenommene 112 fl. betrift, so sucht Nürnberg diese Thathandlung als nothwendig zu vertheidigen, weil man von Seiten Wirzburg dem Gerhard 169 fl. zu Randesacker in Beschlag genommen habe. Allein dieses factum war von dem Ulsamer nicht bewirket, konnte also ihm nicht beygemessen werden, mithin der Stadt Nürnberg kein Recht geben, sich an der Person oder dem Vermögen des Impetranten gegen die klaren Reichsgesetze mit Gewalt zu vergreifen.

Hät-

Hätte die impetratische Stadt geglaubt, daß ihrem Unterthan von Seiten Wirzburg zu viel geschehen wäre: So hätte sie entweder selbst, oder ihr Unterthan Gerhard, den Herrn Fürsten zu Wirzburg bey einem der höchsten Reichsgerichte belangen, nicht aber gegen einen dritten Unschuldigen auf eine gewaltsame Art sich selbst rechtschaffen sollen.

§. 39.

Impetrant hat diese in Beschlag genommene 169 fl. nach Zeugniß der Acten nicht empfangen, es kann also dieses factum der fürstlich wirzburgischen Regierung den Impetranten in Ansehung seiner liquiden Foderung nicht zufrieden stellen.

§. 40.

Gleichwie nun hieraus erhellet, daß die von der Impetratischen Stadt gemachte Einwendungen theils unerheblich, theils auf der Stelle nicht erweißlich waren: So war in Betref des Mandati de restituendo pecuniam vi injuste extortam nicht anders, als ad paritoriam plenam zu schließen, und dem zu Folge der Stadt Nürnberg aufzulegen, die hinweggenommene 112 fl. rhein. una cum interesse zu restituiren.

§. 41.

Was nun das Mandatum C. C. de inposterum non attentando in personam Im-

Impetrantis, & satisfaciendo de damnis & expensis per arrestum causatis betraf, so fiel der 1te Punct weg, da der Impetrant Gottfried Ulsamer, als die Sache am Kaiserl. Reichs Kammergerichte zur Entscheidung kam, schon verstorben war. Bey dem verlangten Schaden- und Kostenersatze aber war zu betrachten, daß 1) vorausgesetzt werden konnte, daß der Impetrant durch diesen bey der härtesten Kälte 15 Wochen lang ausgestandenen Arrest, und die 4 Wochen lang nur gehabte Verköstigung mit Wasser und Brod seine nicht zu schätzende Gesundheit verdorben habe; 2tens konnte er diese Zeit hindurch mit seiner Profession als Fleischhauer weder zu Haus in seiner Fleischbank, noch auswärts als Viehhändler etwas verdienen 3) war ihm überhaupt sein Gewerb auf dem Nürnbergischen Viehmarkte auch für die Folge gesperret. Da nun hierbey ferner 4) Impetrant während seines Arrestes bis auf die letzte 4 Wochen, wo er mit Wasser und Brod gespeiset worden war, sich selbst verköstigen mußte: So hatte er den erlittenen Schaden und andere wegen dieser Sache nothwendig gehabte Auslagen auf 1000 Rthlr. eidlich erhärten zu wollen, sich in den Acten erboten.

§. 42.

Bekanntlich ist das juramentnm in litem eine probatio subsidiaria aestimationis

nis ejus, quod in litem deductum est; lege permittente & judice adprobante ab actore suscepta, si dolus vel culpa alterius concurrat, qui obligatus est ad dandum, restituendum, vel faciendum *).

Da nun nicht zu läugnen war, daß a) von Seiten des Magistrats zu Nürnberg und des Amtes Bezenstein, dessen Handlungen die gedachte Reichsstadt vertreten muß, eine culpa lata begangen worden sey; und da b) der impetrantische Theil nicht leicht ein anderes Mittel, den gehabten Schaden zu beweisen, hätte ausfindig machen können: So waren die Erben nach dem Tode des Ulsamer hierüber allerdings ad juramentum credulitatis in litem zuzulassen **).

§. 43.

Da aber dergleichen Eidschwüre allezeit bedenklich sind; So hat bekanntlich das richterliche Ermessen hierbey Platz ***).

Die

*) L. 2. C. de in lit. jurand.
L. 223. & 2 26. de V. S.
L. 5. §. 3 & 4. ff. de in lit. jurand.

**) L. 2. §. 1. L. 4. §. ult. L. 5. §. 3. ff. de juram. in lit. L. 58. ff. de R. V.

***) §. 43. Leyser in med. ad ff. spec. 146. med. 1. & 2 Carpzov P. 1. Const. 23 def. 20.

Die zu beschwörende Summe des erlittenen Schadens ward daher zum voraus taxirt, und dem impetrantischen Theil 1000 fl. dafür zugebilligt, zu deren Erlegung, wenn zuvor der Eid ausgeschworen seyn würde, der impetratische Magistrat schuldig erklärt und so auch in die bey dem Processe aufgegangene Kosten kondemnirt ward.

§. 44.

Was nun endlich die Intervention des Johann Gerhards (§. 28.) bey dem hier vorliegenden kammergerichtlichen Processe betrift, so findet solche, in so fern sie die Aufhebung des erkannten Mandati zum Gegenstand hat, nach dem vorausgesetzten schon ihre Erledigung. Was aber den 2ten Theil der intervenientischen Bitte betrift, nemlich den Gerhard wider den Ulsamer zur Verabfolgung der zu Randesacker verkümmerten 169 fl. so wohl, als auch zur Erstattung des Werths der verkauften 20 Stück Schweine cum omni caula, refusione damnorum & expensarum, verhilflich zu seyn: So ist a) wegen letzterem, wegen der verkauften 20 Stück Schweine nemlich, ein in die Rechtskraft getretenes Urtheil des Vicedomamtes zu Wirzburg vorhanden (§. 11.); sodann b) steht der zu Randesacker von Seiten der fürstlichen Regierung zu Wirzburg, ohne Zuthun des Impetranten auf die dem Intervenienten zustehende Foderung von 169 fl. an-

gelegte Arrest mit gegenwärtiger Sache in keiner wesentlichen Verbindung; mithin war die Gerichtbarkeit des kaiserserl. Reichs Kammergerichts gegen den mittelbaren Ulsamer, wider welchen Intervenient allein klagte, nicht gegründet. Der Intervenient ward daher mit seinem Gesuch wider Impetranten an die Behörde verwiesen.

§. 45.

Das diese sämtliche Entscheidungspuncte enthaltende Urtheil erging den 29. Nov. 1776 und ist in extenso folgendes:

In Sachen Gottfried Ulsamer armer Parthey, jetzo dessen Wittib, Impetranten eines, wider Burgermeister und Rath der Stadt Nürnberg Impetraten andern, wie auch Joh. Gerhard Intervenienten dritten Theils, Mandati de restituendo vi injuste extortam pecuniam S. nec non de inposterum non attentando in personam impetrantis & satisfaciendo de damnis & expensis per arrestum causatis C. C. Ist Lt. Helfrich sein des Mandati arctioris & declarationis poenae halber geschehenes Begehren N. 3. 3. abgeschlagen, sondern Ito Ludolf, unerheblichen Einwendens ungehindert, glaubliche Anzeige zu thun, daß dem ausgegangenen verkündet, und reproducirten Kaiserl. Mandat alles seines Inhalts gehorsamlich gelebt sey, der-

dergestalt, daß die Impetratische Stadt Nürnberg Lti Helfrich Principalin die dem Ulsamer hinweggenommene 112 fl. rhein. nebst den von dieser Zeit an vertagten Zinsen zu restituiren schuldig sey, Zeit 1 Monats pro termino & prorogatione von Amts wegen angesetzt, mit dem Anhange, wo er dem also nicht nachkommen wird, daß seine Principalen jetzt alsdann und dann als jetzt in die Pön berührten Mandats einverleibt, hiermit erklärt seyn solle.

Schwöre ferner lt. Helfrichs Principalin einen leiblichen Eid zu Gott und auf das heilige Evangelium, daß sie den durch die Gefangennehmung ihres Ehemanns erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn höher und nicht weniger, als auf 1000 fl. rhein. schätze, so ist lti. Ludolfs Prinzipalschaft ihr solche zu ersetzen verbunden. Als Wir hiermit schuldig erklären und ansetzen, Impetraten, die Gerichtskosten, an diesem K. K. Gte. derentwegen aufgelaufen, der impetrantischen Wittib nach rechtlicher Ermäßigung zu entrichten und zu bezahlen fällig ertheilend. Endlich wird Joh. Gerhard mit seiner allenfallsigen Klage an die Behörde verwiesen.

Neunter Rechtsfall,

über die Thesin, daß, obschon auch eine Sache eigentlich an das Kammergericht nicht devolvirt sey, gleichwohl, omisso Puncto non devolutionis, confirmatorie darinn gesprochen werden könne.

Inhalt.

§. 1 — 3. Bezug auf eine vorhergehende Abhandlung.

§. 4 — 20. Rechtsfall, worinn die oben aufgeworfene Thesis ihre Anwendung fand.

§. 22 — 24 Beurtheilung.

§. 1.

In causa deserta kann nicht reformatorie gesprochen werden; sondern, wenn in tali causa die gravamina unerheblich sind; so bleibt nichts übrig, als desertoriam zu erlassen. Sind

Sind aber die Beschwerden unerheblich; so kann, omisso puncto desertionis, confirmatorie gesprochen werden.

§. 2.

Daß nun die nemlichen Grundsätze auch in causa non devoluta, wenn die non devolutio von der Parten nicht geregt worden ist, oder wenn solche nicht ganz offenbar vorliegt, wenn z. B. nur blos qualitas causae der Devolution entgegen steht, anschlagen; daß also auch in einer solchen Sache, omisso puncto non devolutionis, confirmatorie gesprochen werden könne; darüber ist die Ausführung in dem 1ten Theile der vorliegenden Rechtsfälle in der 10ten Abhandlung schon enthalten, und mit einem praejudicio in Sachen Trummer contra Roosen mandatario nomine von Egmondt bestärkt.

§. 3.

Da inmittels dieser Fall sehr merkwürdig ist, indem er der sonstigen Lehre der Cameralschriftsteller, welche dahin lautet, daß es in causa non devoluta nicht angehe, wie in causa deserta, confirmatoriam zu erlassen, sondern daß alsdann nicht anders als non devolutorie gesprochen werden könne, gerade entgegen steht: So will ich die Erzählung der Sache selbst, von welcher ich dort nur mit einem Wort geäußert hatte, daß darin con-

firmatorie gesprochen worden sey, hier nachholen.

Geschichtserzählung.

§. 4.

Am 14ten May 1762 schrieb Paul Heinrich Trummer, Handelsmann zu Hamburg, an Anton von Egmondt zu Gothenburg:

„Da Herr Carl Holmberg mir gemeldet, daß Eure ꝛc. in seiner Abwesenheit dessen affaires vorstehen werden; berichte ich hiermit, daß, wenn Eure ꝛc. für seine Rechnung 2 à 3000 Rthlr. banco auf mich disponiren mögten, ich an Dero Tratten alle gebührende Ehre beweisen werde."

§. 5.

Am 20ten des nemlichen Monats stellte Carl Holmberg dem Anton von Egmondt eine Instruction zu, was dieser während seiner (des Holmbergs) Abwesenheit zu beobachten habe. Er bemerkte hierinn einige Geschäffte in specie, welche Egmondt besorgen solle, und beschloß seine Instruction damit, daß von allem übrigen, was weiter vorfallen möchte, gedachtem Egmondt mittels Correspondenz Nachricht ertheilt, inzwischen aber derselbe sein (des Holmbergs) Interesse eben so als sein eignes befördern solle. Der von Egmondt nahm

nahm diese Instruction an, und versprach solcher bestmöglichst nachzuleben.

§. 6.

Unterm 26ten ejusdem antwortete nunmehr der von Egmondt dem Trummer:

„Dero wehrtes Schreiben habe richtig erhalten, und ersehen, daß ich für Rechnung Holmbergs auf Euer ꝛc. Q. à 3000 Rthlr. banco zu disponiren habe. Ich werde das Nöthige laut vorgemeldten Freundes Ordre observiren.“

§. 7.

Unterm 29ten September des nemlichen Jahrs traßirte demnach der von Egmondt auf Trummer einen Wechsel 126 Rthlr. 32 Schl. Hamburger banco für Holmbergs Rechnung, bat selbigen zu acceptiren, und über den Belauf sich mit Holmberg zu vereinigen.

Trummer antwortete unterm 8ten October ejusdem anni:

„Ich werde an Dero Tratte banco Rthlr. 126, 32. Schl. für Rechnung Holmbergs, welcher sich dermalen hier befindet, alle Ehre beweisen.

§. 8.

Bald hiernach den 27ten October traßirte Egmondt abermal 1000 Rthlr. banco 70. Schl. auf Trummern, und bat, diese Tratte bey deren Präsentation mit accept zu honoriren, und für Holmberg zu berechnen.

Auch hierauf antwortete Trummer unterm 5ten November: Er habe an dieser Tratte für Rechnung Holmbergs alle Ehre bewiesen.

§. 9.

Egmondt traßirte ferner am 8ten December ejusdem anni auf Trummer 1000 Rthlr. Dieser aber antwortete nunmehr unterm 17ten ejusdem:

Da er aber von Holmberg zu deren Annahme nicht authorisirt seye, so werde er, Egmondt, nicht übel nehmen, daß solche Tratte retournire; Holmberg werde übrigens ihm das nähere melden.

Egmondt erwiederte hierauf unterm 29ten ejusdem:

Er vernehme mit Erstaunen, wie seine Tratte für Rechnung Holmbergs nicht honorirt worden sey; er habe auch solches von Holmberg erfahren, der nicht nach Gebühr hiemit die Veranstaltung getroffen habe; es würde ihn nicht ärgern, wenn er nicht dies Geld und mehr zu fodern habe; indessen habe er an Salomon Roosen geschrieben, seine Tratte zu honoriren. Im Falle Holmberg nicht andere Anstalten treffe, so werde er sich fernerhin zu hüten wissen.

§. 10.

Gleichwohl schrieb Egmondt neuerdings am 15ten Jenner 1763 an Trummer:

Er

Er habe unterm 14ten des verflossenen Monats vom Holmberg Briefe erhalten, worin dieser melde, daß er, Egmondt, die Freyheit habe, auf ihn, Trummer, zu traßiren 12—a 1500. Rthlr. Hamburger banco; Er habe solches noch nicht gethan, sondern vorher warten wollen, bis er Antwort von Holmberg auf verschiedene Briefe erhalten werde. Da aber dieses noch nicht geschehen, so habe er sich heute die Freyheit genommen, 1200 Rthlr. auf ihn Trummer zu traßiren, und zweifle nicht, daß Holmberg Anstalten gemacht haben werde, damit seine Tratte mit accept honorirt werden möge.

Trummer erwiederte hierauf unterm 25. ejusdem:

Er habe diese Tratte ebenfalls nicht annehmen können, weil Holmberg ihn dazu nicht beordert, wie er ihm, Egmondt, vermuthlich mit dieser Post näher melden werde.

§. 11.

Egmondt beruhigte sich hiebey nicht, sondern schrieb gleich am 5ten Februar nochmal an Trummern:

Er habe aus dem erhaltenen Schreiben mit allem Mißvergnügen ersehen, daß seine letzte Tratte mit non accept ebenfalls retournirt sey, und zwar unter dem Vorwand, daß keine Ordres von Holmberg gestellt wären; Er

Trummer werde sich aber wohl noch seines Briefs vom 14ten May des verflossenen Jahrs erinnern, worinn er ihm gemeldet habe, daß, wenn er für Holmbergs Rechnung 2 à 3000 Rthlr. disponiren würde, er an diesen Tratten alle gebührende Ehre beweisen werde. Er (Egmondt) habe auf dieses Creditiv dem Holmberg Credit gegeben, Trummer müsse ihm also für obgemeldete Summe verantwortig bleiben, Er habe heute an Salomon Roosen geschrieben, um mit ihm, Trummer und Holmberg, diese Sache abzuthun, und solle es ihm lieb seyn, wenn solches ohne Weitläufigkeit geschehen könne.

Das nemliche wiederhohlte Egmondt in einem weitern Schreiben vom 26ten Februar, mit dem Anführen, daß er sich gänzlich an das von Trummer einmal gegebene Creditiv halte.

§. 12.

Endlich übergab am 14ten Jul. 1766. Salomon Roose mandatorio nomine Antons von Egmondt bey dem Magistrat zu Hamburg wider Trummern seine summarische Klage, legte derselben eine Berechnung bey, nach welcher Beklagter ihm wegen seines Creditivs 2199 Rthlr. banco 24 Schl. schuldig geworden sey, und bat, den Beklagten zur Zah-

lung dieser Summe mit weitern Zinsen und Kosten zu condemniren.

§. 13.

Beklagter negirte excipiendo, daß sein Schreiben vom 14ten May 1762 ein Creditbrief sey; der von Egmondt seye nicht genöthigt gewesen, dem Helmberg Vorschuß zu thun, mithin könne auch sein des Beklagten Brief nicht dahin ausgelegt werden, daß er Beklagter dem von Egmondt für solchen Vorschuß Bürge seyn wolle. Sein Brief habe nur so viel sagen wollen, daß er dem Holmberg, oder ihm Egmondt qua mandatario, für Holmbergs Rechnung so viel Credit geben wolle, nicht aber, daß der Kläger dem Helmberg so viel auf sein des Beklagten Gefahr creditiren könne. Kläger habe auch dadurch, daß er der nicht acceptirten Tratten wegen sich sogleich an einen andern (den Roosen) gewendet, solches anerkannt. Er bitte also cum refusione expensarum von der Klage losgesprochen zu werden.

§. 14.

Hiernach wurde von beiden Theilen noch ferner replicando und duplicando verfahren, worauf am 18ten April 1768 Interlocutoria dahin erfolgte:

daß der von Egmondt beweisen solle, daß er qua administrator und Vorsteher der

Hand-

Handlungsgeschäffte des Holmbergs an diesem bereits bey Empfang des von Beklagtem an ihn unterm 17ten Decemb. 1762 erlassenen Schreibens eine Foderung von 3000 Rthlr. mit Innbegriff der acceptirten respective 1000. und 126 Rthlr. gehabt habe.

§. 15.

Beyde Theile ließen dieses Interlocut in die Rechtskraft erwachsen. Kläger producirte zu dessen Befolgung eine aus seinen Handlungsbüchern gezogene und vor Gericht zu Gothenburg mit Eid bestätigte Bilance, und da hieraus erhelle, daß er am 17ten Decemb. 1762. von Holmberg würklich 2330 Rthlr. 32 Schl. nach Abzug der von Beklagten acceptirten 1126 Rthlr. 32 Schl. banco zu fodern gehabt: So bat er, den Beklagten nunmehr cum expensis zu deren Zahlung anzuhalten.

§. 16.

Excipiendo versetzte der Beklagte: Das Interlocut erfodere ausdrücklich, daß der Kläger die Foderung quaestionis in der Eigenschaft als administrator vor dem 17ten December 1762 gehabt habe. Dieser Beweis werde durch einen bloßen Extract Kaufmannsbuchs contra tertium nicht hergestellt. Dem Kläger sey aber auch diese Foderung wenigstens nicht qua administratori zugekommen. Er

habe

habe keine unbeschränkte, sondern bloß limitirte Ordre zu Verwaltung der Holmbergischen Geschäffte gehabt, und wenigstens vor dem 20ten May 1762, wo er die Instruction erst erhalten, keine Foderung ex capite administrationis haben können. Es falle also schon gleich der erste Posten der übergebenen Rechnung, nemlich der Saldo vom Jahr 1761 vollkommen hinweg, und so auch der zweyte vom 19ten May 1762. Sodann müßten alle jene Tratten aus der Rechnung wegfallen, zu welchen Kläger in der limitirten Instruction expresse nicht beordert gewesen sey. Sein des Beklagten Schreiben vom 17ten December 1762. (§. 9.) müsse schon am 23 ejusdem in Gothenburg eingetroffen seyn, der Schiffer könne aber mit denen unterm 4ten ejusdem berechneten Waaren damalen kaum abgegangen gewesen seyn, und sey es also des Beklagten Schuld, daß er diese Waaren dennoch habe abgehen lassen. Er bat also nochmal absolutoriam cum expensis.

§. 17.

Kläger replicirte: Kaufmannsbücher probirten zwar auch contra tertium, Beklagter sey aber dahier wirklich kein tertius. Die Worte des Interlocuts: *qua administrator*, seyen blos demonstrationis causa beygefügt, und hätten keineswegs den Verstand, daß es

nur

nur aus der Administration enstandene Foderungen seyn müßten; denn qua administrator habe er für sich dem Holmberg nicht zu creditiren gehabt. Indessen sey es doch wirklich an dem, daß er alle und jede Posten seiner Rechnung als Holmbergischer Administrator zu fordern habe; denn als solcher habe er den ersten Posten dem Holmberg bey der Abreise anvertraut und in Händen gelassen, welches er ohne Rücksicht auf des Beklagten Creditiv nimmermehr würde gethan haben. Eben so habe er qua talis unterm 19ten May 1762 den zweyten Posten, nemlich des Holmbergs Assignation mit 396 Rthlr. eingelößt; denn obschon die Instruction erst Tags darauf unterschrieben worden, so seye sie doch schon vorhero verabredet gewesen; überhaupt aber habe ihm Holmberg damals nicht erst die Administration aufgetragen, sondern ihm nur eine Instruction ertheilt, wie er sich bey der schon vorhin mündlich aufgetragenen Administration zu verhalten habe. Daß aber alle übrige Posten, welche in der Instruction wörtlich nicht begriffen seyen, gestrichen werden sollten, zerfalle schon dadurch, daß ihm der Holmberg am Schluß dieser Instruction sein Interesse überhaupt anbefohlen habe; und was endlich den Posten vom 4ten Decemb. 1762 betreffe, so seye es erstlich nicht thunlich gewesen, den

Schif-

Schiffer mit den bereits geladenen Waaren aufzuhalten, zweytens aber habe er auch würklich das Trummerische Schreiben vom 17ten ejusdem (§. 9.) damal, als dieser Schiffer in die See gegangen, noch nicht gehabt.

§. 18.

Nachdem hierauf Beklagter seine Duplicas, Kläger aber annoch eine Recapitulationem actorum übergeben hatte, so ergieng am 29ten May 1769. ein weiteres Urtheil dahin:

daß Kläger zu endlicher Verificirung seiner Rechnung, wiewohl mit Ausschluß des Saldo vom 2ten Januarii 1762 zu admittiren seye.

§. 19.

Von diesem Urtheil ergriff Beklagter die Berufung an das Kaiserliche Reichs Kammergericht, und beschwerte sich darüber, daß sein Schreiben vom 14ten May 1762 für ein Creditiv angenommen, und der Beweis per librum & suppletorium wider ihn als tertium zugelassen worden sey; zumalen da Kläger seine Rechnung vorhin schon eigenmächtig beschworen, und er keineswegs erwiesen habe, in qualitate administrationis etwas fodern zu können. Judex a quo habe selbst den ersten Posten der Rechnung gestrichen, weil er älter, als die Instruction sey. Aus den nemlichen

lichen Gründen hätte er mithin auch den zweyten streichen sollen. In Ansehung des Postens vom 4ten Decemb 1762 hätte aber wenigstens Kläger angeben müssen, wann er den Brief vom 17ten Decemb. (§. 9.) erhalten habe; und da endlich alle diejenigen Posten, welche dem Kläger in der Instruction nicht wörtlich committiret worden seyen, ganz wegfielen, so habe derselbe nicht nur wirklich gar nichts zu fodern, sondern vielmehr die empfangene 1126 Rthlr. annoch indebite in Händen. Er bitte also decretis appellationis processibus reformatorie zu erkennen:

daß er Beklagter von der Klage zu absolviren, Appellat aber die indebite empfangene 1126 Rthlr. cum usuris & expensis zurück zu zahlen schuldig seye.

§. 20.

Am 6ten September 1769, wurden die Processe erkannt, worauf nach deren Reproduction der Appellat pure ad acta priora submittirte.

Beurtheilung.

§. 21.

Man hat nun wohl aus dem bisher erzählten Facto wahrgenommen, daß der Fall im Grunde zu nichts anders, als unter die Rubrik der Mercantilsachen gehören mag; und das

das Privilegium der Reichsstadt Hamburg, vermöge wessen alle Mascopey Wechseley und sonstige Mercantilsachen schlechterdings inappellabel sind, ist bekannt.

§. 22.

Würde sich der Appellat auf diese Qualität der Sache berufen haben, so würde ein non devolutori — Urtheil haben erfolgen müssen. Da solcher aber dies mit keinem Wort berührte, dabey auch der Unterrichter der Appellation simpliciter deferirt hatte: so ward nach den nemlichen in dem casu desertionis einschlagenden Grundsätzen (vid. der 1te Theil dieser Rechtsfälle, 10te Abhandl. §. 1 — 4.) verfahren, und zur Prüfung der Materialien geschritten.

§. 23.

Würden die gravamina erheblich gefunden worden seyn, so würde nicht reformatoria, sondern nur allein non devolutoria haben ergehen können. Da aber solche unerheblich gefunden wurden, so wird ganz nach der Analogie der Lehre in Desertionsfällen, omisso puncto non devolutionis, confirmatorie gesprochen.

An dem (§pho praecedente) eben angeführten Ort ist die Begründung dieser thesis schon enthalten, worauf ich mich berufe.

Nur die Prüfung der Materialien in dem vorliegenden Falle will ich hier nachhohlen.

§. 24.

Hierbey kam es blos auf die Frage an: Ob der Appellat dem unterm 18ten April 1668 zu Hamburg eröffneten Interlocuto, welches in die Rechtskraft übergegangen war (§. 15.), ein Genügen gethan habe?

Vermöge dieses Interlocuti sollte er beweisen, daß er qua administrator und Vorsteher der Handlungsgeschäffte des Holmbergs an diesen bereits bey Empfang des von Trummern an ihn unterm 17ten December 1762 erlaßenen Schreibens (§. 9.) die Foderung quaest. gehabt habe.

§. 25.

Appellat hatte hierauf mittels seines Handelsbuches vorerst erwiesen, daß ihm Holmberg wirklich so viel schuldig seye, und dieses Handelsbuch ohne richterlichen Geheiß bey seiner Obrigkeit sogleich beschworen (§. 15.). Der Appellant wendet dagegen ein: Dergleichen Handelsbücher probirten nichts contra tertium; Holmberg sey noch nicht darüber gehört; auch habe es dem Appellaten nicht gebührt, dieses Handelsbuch mittels Eides zu bestärken.

§. 26.

Allein, gesetzt auch, der Satz, daß dergleichen Bücher contra tertium nichts probirten,

ten, seye ganz ohne Unterschied richtig; so kann man doch hier den Trummer pro tertio nicht gelten lassen. Und wenn gleich Holmberg darüber noch nicht gehört worden war, so kann dieses doch die Glaubwürdigkeit des Egmondtischen Handelsbuchs um so weniger entkräften, als auch eines theils ein von Holmberg an Trummern geschriebener Brief in den Acten vorkam, woraus sich ergab, daß Ersterer die Schuld an und für sich nicht in Abrede stellte; andern theils aber, wenn er sie auch wirklich läugnete, dennoch ebenfalls gegen ihn kein anderer Beweis, als per librum & suppletorium, übrig wäre.

§. 27.

Daß hingegen Egmondt sein Handelsbuch allzuvoreilig beschworen hatte, solches kann nicht hindern, daß derselbe nicht noch einmal zu legaler Beschwörung desselben zugelassen werden könnte; denn es ist hier nicht von einem absque interrogatorio jurato vernommenen Zeugen die Rede; sondern es kömmt blos darauf an: Ob Egmondt dasjenige eidlich erhärten kann, was er vorgiebt? Und er darf dadurch seinen fidem nicht verlieren, weil er solches bereits vorhin zur Unzeit gethan hat.

§. 28.

Bis hieher war also kein Anstand zu nehmen, das Urtheil des Unterrichters zu bestäti-

gen. Der Appellant berief sich aber hauptsächlich darauf, daß die Forderung nothwendig ex administratione herrühren müsse (§. 16.), und hierin scheint er clara verba Sententiae vor sich zu haben.

§. 29.

Sollten jedoch die Worte: als administrator und Vorsteher ꝛc. wie der Appellat vorgeben will, blos demonstrationis causa der Urthel beygesetzt seyn, so würden sie allerdings nicht den mindesten Nutzen haben. Man muß also in tantum mit dem Appellanten verstanden seyn, daß in der Regel diese verba Sententiae nicht otiosa seyn dürfen.

Allein sie sind wirklich nicht otiosa, sobald nur judex a quo darunter soviel hat verstehen wollen, das es solche Forderungen seyn müßten, welche der Appellat durante administratione, und etwa nicht vorher oder hernach überkommen habe.

§ 30.

Der judex a quo ist selbst der beste Ausleger seiner Worte; er mußte wissen, was er hierunter verstanden habe, und er glaubte hiernach, daß Egmondt würklich bewiesen habe, diese Foderung qua administrator formiren zu können.

Im Grunde ist auch die übertragene Administration an dieser Forderung ganz sicher

Schuld;

Schuld; denn wäre Egmondt nicht Administrator gewesen, so würde er schwerlich die Holmbergschen assignationes angenommen und ihm Remissen gemacht haben, als wodurch gleichwohl seine Foderungen entstanden sind.

§. 31.

Den ersten Posten seiner Rechnung, welcher ein Saldo von dem vorhergehenden Jahr war, und mit der Administration nichts gemein zu haben schien, hatte der judex a quo selbst gestrichen, und es konnte hierwegen kein gravamen existiren.

Der 2te Posten ist zwar auch noch einen Tag früher, als die Instruction (§. 16 und 19.); Es läßt sich aber gar wohl vermuthen, daß wenigstens an diesem Tage Holmberg und Egmondt der Administration wegen schon einig gewesen, und daß letzterer diese Assignation nicht eingelößt haben würde, wenn er nicht geglaubt hätte, durch die zu übernehmende Administration und dabey ihm zukommende Holmbergsche Waaren und Wechsel hierwegen gesichert zu werden (§. 17.). Ja es läßt sich dieses nicht blos vermuthen, sondern es ist auch durch die Instruction selbst, welche wörtlich enthält, „Er Holmberg habe gestern auf ihn Egmondt an verschiedene Ordres laut Nota assignirt" erprobt, daß es wirklich so ist.

§. 32.

In Ansehung des Postens vom 4ten Decemb. 1762 endlich (§. 16 und 19) weiß man auch nirgends ein gravamen zu finden.

Egmondt hatte die Waaren wenigstens damal schon angeschafft, als er den Brief vom 17ten December von Trummern erhielt (§. 17.) Er konnte diese Waaren ohne Verlust gewiß nicht wieder los werden; sie waren auch schon geladen, und sollen selbst an Trummern adreßirt gewesen seyn.

Dieser hätte allerdings zweifeln sollen, ob Egmondt seinen Brief noch zu rechter Zeit erhalten habe, und wenn er beym Holmberg einige Gefahr vermuthete, so hätte er zu seiner und des Holmbergs Sicherheit die Waaren zurückhalten können, nicht aber solche sogleich weiter spediren sollen.

Er soll aber auch (wie der Appellat ferner in den Acten sagte) solche wirklich nicht weiter spedirt, sondern sie zu sich genommen, und sich für seine eigene an Holmberg habende Forderung damit bezahlt gemacht haben.

§. 33.

Dies ist nun vollens doppelt unbillig; denn glaubte er sich auch nicht mehr schuldig, weitere Egmondtische Tratten anzunehmen, so durfte er sich doch auch nicht auf Egmondtische Kosten bezahlt machen.

Ue-

Ueberhaupt aber war es viel zu spät, da erst den Credit zu wiederrufen, wo bereits der letzte Wechsel auf ihn gezogen war; sondern wußte er von den Umständen des Holmbergs, so mußte er, ohne eine weitere Zahlungsanweisung abzuwarten, dem Egmondt davon sogleich berichten, damit auch dieser sich darnach benehmen konnte.

Eben das, daß Egmondt den letzterwähnten Posten, welcher der beträchtlichste ist, abschickte, ist ein deutlicher Beweis, daß er damal die übeln Umstände des Holmbergs entweder nicht wußte, oder daß er, wenn er sie wußte, sich auf des Trummers Wort verließ.

§. 34.

Nach allem diesem war also nicht anders, als confirmatorie zu sprechen. Ich lasse das ergangne Urtheil hier beydrucken.

Sententia 11. April. 1783. publicata.

In Sachen Paul Heinrich Trummer, modo des Erben Appellanten eines — entgegen und wider Salomon Roosen, mandatario nomine Anton Egmondt Appellaten andern Theils: Ist die Sache von Amtswegen für beschlossen angenommen, darauf allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß durch Richtern voriger In-

stanz wohl geurtheilt, übel davon appellirt, derowegen solche Urtheil zu confirmiren und zu bestätigen, auch die Sache nunmehr an Richtern voriger Instanz zu remittiren und zu weisen seye; Als wir hiermit confirmiren und bestätigen, auch remittiren und weisen, die Gerichtskosten derentwegen aufgeloffen, aus bewegenden Ursachen, gegeneinander compensirend und vergleichend.

Ende des zweyten Theils.

Verzeichniß

der in dem zweyten Theile enthaltnen Rechtsfälle und Ausführungen.

Erster Rechtsfall, hauptsächlich über die Frage:

Ob im Falle strittiger Gerechtigkeiten und Dienstbarkeiten zur Berufung an das Kaiserl. Reichskammergericht die Appellationssumme nöthig sey? S. 3.

Zweyter Rechtsfall, über die Frage:

Ob Interessen, Pensionen, jährliche Nutzungen, zugesprochene Zinsen, überhaupt accessiones cum sorte ad constituendam summam adpellabilem cumulirt werden können? S. 28.

Dritter Rechtsfall,

Ueber die Materie der Pfandungs-Constitution. S. 59.

Vierter Rechtsfall, über die Frage:

Ob der Recurs an ein Nunciaturgericht in einem Rechtshandel über die Alimenten unehelicher Kinder Statt habe? S. 95.

Inhalt.

Fünfter Rechtsfall,

Ueber die Materie der Gerichtsbarkeit der päbstlichen Nunciaturen. S. 104.

Sechster Rechtsfall,

Eine Regreßklage gegen den Richter wegen Verzögerung eines nachgesuchten Arrestes. S. 127.

Siebenter Rechtsfall,

über die Materie von Reichsschultheißenämtern in den Reichsstädten, in specie über mehrere Fragen in Betreff des Schultheißenamts in der Reichsstadt Gengenbach. S. 190.

Achter Rechtsfall,

über die Materie von unjustificirlichen Arresten,

* 2 un-

unerlaubten Repressalien, und dem Schadensersatze. S. 245.

Neunter Rechtsfall.

über die Thesin, daß, obschon auch eine Sache eigentlich an das Kammergericht devolvirt sey, gleichwohl, omisso Puncto non devolutionis, confirmatorie darinn gesprochen werden könne. S. 276.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hoscher, Johann Melchior, 1764-1809

Sammlung merkwürdiger, am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle mit ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen

Bd.: 2

Lemgo (1789)

Bibl.Mont. 5060-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726402-4
VD18 80264476-001